Eigenes Verschulden

Tatbestand und Rechtsfolge nach § 254 BGB.

(Ohne Berücksichtigung der Haftung des Beschädigten
für fremde Personen und Sachen)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Gerhard Mayer-Falk

Gerichtsreferendar aus Danzig

Marburg 1929

Buchdruckerei und Verlagsanstalt H. Chr. Sommer / Bad Ems

Als Dissertation von der Juristischen Fakultät angenommen am 22. Januar 1929.
Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. L e o n h a r d.

Meinen lieben Eltern.

Stoff-Einteilung.

Literatur-Verzeichnis.

Bienenfeld: „Eigenes Verschulden . . .“ in Seuff. Bl. f. RA., Bd. 68, S. 489 ff.

Croissant: „Eigenes Verschulden und Handlungsunfähigkeit“ 1893.

Crome: „System d. dt. bürgerl. Rechts“. Bd. 1, Tübingen und Leipzig 1900.

Dernburg: „Das bürgerliche Recht“. 2. Bd., 1. Abt., Halle 1899.

Dronke: „in Eisenbahnrechtliche Entscheidungen“, Bd. 22 u. Bd. 25.

Eick: „Konkurrierendes Verschulden“. Diss. Rostock 1904.

Elsas: „Das eigene Verschulden“ in § 254 BGB. — Diss. Tübingen 1913.

Endemann: „Lehrbuch d. bürgerlichen Rechts“, 1. Bd., 3. u. 4. Aufl., Berlin 1894

Enneccerus: „Lehrb. d. bürgerl. Rechts“. 1. Bd., 2. Abt. 23. bis 27. Aufl. Marburg 1927.

Oertmann: „BGB., 2. Buch, 1. Abt., 5. Aufl. Berlin 1928.

Entscheidungen des RG. in Zivilsachen.

Fischer, H. A.: „Die Rechtswidrigkeit“. München 1911.

Fischer, H. A.: „Krit. Vierteljahrschrift“. Bd. 46, S. 338 ff.

Freytag: „Mitwirkendes Verschulden von Hilfspersonen“. Diss. Marburg 1926.

Gottschalk: „Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten“. Berlin 1903.

Hagen: „Zur Anwendung des § 254 BGB.“ in Seuff. Bl. f. Rechtsanw., Bd. 72, S. 365 ff.

Hold von Ferneck: „Die Rechtswidrigkeit“, 1. Bd. Jena 1903.

Kohler: „Lehrb. d. bürgerl. Rechts“, 2. Bd. Berlin 1906.

Kreß: „Lehrb. d. allg. Schuldrechts“. München 1929.

Krückmann: „Verschuldens-Aufrechnung, Gefährdungs-Aufrechnung u. Delikts-fähigkeit“ in Jherings Jahrbüchern. Bd. 52, 54 u. 55.

Labowsky: „Eigenes Verschulden“. Berlin 1899.

Leonhard: „Fahrlässigkeit und Unfähigkeit“ in: Festgabe für Enneccerus. Marburg 1913.

v. Leyden: „Die sog. Culpa-Compensation im BGB.“. Berlin 1902.

v. Liszt: „Die Deliktsobligationen im System des BGB.“. Berlin 1898.

Litten: „Die Ersatzpflicht des Tierhalters“. Berlin 1905.

Oertmann: „BGB., 2. Buch, 1. Abt. 5. Aufl. Berlin 1928.

Planck: „Komm. z. BGB.“, 2. Bd., 1. Hälfte, 3. Aufl. 1907; 4. Aufl. 1914.

Rehbein: „Das BGB.“ 2. Bd. Berlin 1903.

Reichsgerichtsräte-Kommentar, 6. Aufl.; Berlin u. Leipzig 1928.

Rosenthal: „Das eigene Verschulden des Beschädigten“. Diss. Marburg 1910.

Rümelin: „Die Verwendung der Kausalbegriffe“ im: Arch. f. d. ziv. Praxis. Bd. 90, S. 307 ff.

Schierlinger: „Das RHG. u. § 254 BGB.“ in: Seuff. Bl. f. RA., Bd. 75, S. 661 ff.

Schmidt, Rich.: „Die sog. Culpa-Compensation“. Jenenser jur. Diss. 1902.

Schneider: „Der Gedanke von Treu u. Glauben“ in § 254, Abs. 2 BGB. Im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 37, S. 160 ff.

Schollmeyer: „Komm. z. BGB.“, Bd. 2, 1900.

Schroeder: „Eigenes Verschulden“. Diss. Heidelberg 1913.

Staudinger: „Komm. z. BGB.“, 2. Bd., 1. Teil, 7. u. 8. Aufl. München und Berlin 1912.

Sticinski: „Eigenes Verschulden“. Diss. Jena 1923.

Titze: „Die Unmöglichkeit der Leistung“. Leipzig 1900.

Traeger: „Der Kausalbegriff“. Marburg 1904.

v. Tuhr: „Allgemeiner Teil des BGB.“, Bd. 1 und 2, 2. Hälfte. München nud Leipzig 1910/1918.

Warneyer: „Komm. z. BGB.“, Bd. 1. Tübingen 1923.

Wendt: „Eigenes Verschulden“ in: Jherings Jahrbuch, Bd. 31, S. 137 ff.

Weyl: „System der Verschuldungsbegriffe im BGB.“ München 1905.

Zitelmann: „Das Recht des BGB.“, Allg. Teil. Leipzig 1900.

Zitelmann: „Operationsweigerung und eigenes Verschulden“ im Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 40, S. 213 ff.

A. Einleitung.

§ 1: Problemstellung und Leitgedanke.

Der Zweck der vorliegenden Arbeit ist nicht eine theoretische Erörterung über den Begriff des eigenen Verschuldens und dessen Einreihung in das „System der Verschuldensbegriffe“ (Ausdruck von Weyl), sondern der Zweck der vorliegenden Arbeit ist vornehmlich praktischer Natur. Damit unser Interesse sich dementsprechend einstellt, sei es im Folgenden gestattet, vor Eintritt in die Darstellung selbst zunächst kurz darauf hinzuweisen, welche Fragen der als Thema gewählten Materie praktisch besonders wichtig sind und in wiefern sie dies sind. Ferner wollen wir ebenso kurz den Leitgedanken der vorliegenden Arbeit klar stellen.

Die Rechtseinrichtung des sogenannten eigenen Verschuldens des Beschädigten hat, abgesehen von allgemeinen Rechtsproblemen, drei zentrale, nur ihm eigene Probleme: 1. das Erfordernis der Widerrechtlichkeit des objektiven Tatbestandes, 2. das Erfordernis des subjektiven Verschuldens und 3. die Rechtsfolge der Erfüllung des Tatbestandes.

Die Wichtigkeit der Lösung dieser Probleme für die Beurteilung praktischer Fälle liegt auf der Hand. Betrachten wir das erste Problem. Man dürfte im einzelnen Fall zu wesentlich verschiedenen Resultaten gelangen, je nachdem, ob man die Widerrechtlichkeit als Tatbestandserfordernis ansieht oder nicht, je nachdem ob man im Verneinungsfalle ihre Aufstellung als Tatbestandserfordernis durch den Wortlaut des Gesetzes ganz fort interpretiert oder nur umdeutet in das Erfordernis einer ethischen Mißbilligung des Verhaltens des Beschädigten, wie es geschieht. Ein bestimmtes Verhalten des Beschädigten kann den rein äußeren Tatbestand des eigenen Verschuldens erfüllen, ohne weder von der Rechtsordnung noch von der Ethik mißbilligt zu sein, ein anderes, das gleichfalls eine mitwirkende Selbstschädigung darstellt, kann entweder nur von der Rechtsordnung oder nur von der Ethik mißbilligt sein. — Nicht minder wichtig als die Lösung des ersten ist die Lösung des zweiten Problems. Der Streit geht einerseits darum, ob zum eigenen Verschulden überhaupt subjektives Verschulden erforderlich ist und andererseits darum, ob das subjektive Verschulden von der Zurechnungsfähigkeit des Beschädigten abhängt. Fürwahr praktische Fra-

gen! — Das dritte Problem hat zum Gegenstand, welche Umstände des Einzelfalles für die Abwägung der Schwere des eigenen Verschuldens gegen die Verantwortlichkeit des Fremdschädigers hauptsächlich maßgebend sind, ob die vorwiegende Verursachung oder die schwerere Schuld des einen oder anderen oder beides zusammen und noch andere Umstände. Man kann vielleicht sagen, daß dieses Problem praktisch die größte Bedeutung hat, da es in jedem einzelnen Fall zur Diskussion stehen wird, während dies bei den anderen Problemen nicht immer so zu sein braucht.

Der Leitgedanke, der uns bei der Lösung unserer Probleme führen soll, ist folgender. Das Verschuldensprinzip des BGB. bringt demjenigen, der in einem fremden Rechtskreis einen Schaden verursacht, den Vorteil, daß er für den angerichteten Schaden nur haftet, wenn er ihn schuldhaft verursacht hat, für denjenigen, der durch einen anderen einen Schaden erleidet, notwendigerweise den entsprechenden Nachteil, daß er den erlittenen Schaden nur ersetzt verlangen kann, wenn den anderen ein Verschulden trifft. Häufig genug kommt es vor, daß jemand auf diese Weise für den Irrtum eines anderen büßen muß. Um die hierdurch hervorgerufene, allgemein nachteilige Rechtsstellung des Beschädigten (man denke z. B. auch an die Beweislastregelung im Gebiet der unerlaubten Handlungen) nun nicht noch mehr zu verschlechtern, wird es richtig sein, die Vorschriften, die wie § 254 BGB. seine Ansprüche noch weiter beschneiden, vorsichtig zu handhaben. Der Beschädigte darf seinen Anspruch oder einen Teil desselben nur verlieren, wenn dieselben milden Grundsätze, die im Allgemeinen die Haftung des Fremdschädigers begründen, auch die eigene Haftung des Beschädigten für den erlittenen Schaden begründet erscheinen lassen, und auch dies nur nach Maßgabe der Umstände, die sonst für die Haftung des Fremdschädigers maßgebend sind.

Der dargelegte Leitgedanke wird uns den Weg weisen. Wir werden an das eigene Verschulden dieselben Anforderungen zu stellen haben wie an das Fremdverschulden. Bei der Abwägung der beiderseitigen Haftung wird uns die Schwere der beiderseitigen Verursachung maßgebend sein müssen.

B. Erster Hauptteil:

Der objektive Tatbestand des eigenen Verschuldens (mit ausschließlicher Beschränkung auf das Erfordernis der Widerrechtlichkeit).

§ 2: I. Eigene Meinung.

A Darlegung.

§ 254 BGB. steht im Gesetz am Ende einer Folge von Bestimmungen, welche die Verpflichtung zum Ersatz von Schäden regeln. Er bestimmt in seinem ersten Absatz, daß derjenige, welcher für einen ihm entstandenen Schaden von einem anderen Ersatz verlangen kann, diesen Anspruch dann evtl. ganz oder zum Teil nicht hat, wenn er selbst schuldhaft bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Nach § 254, II. BGB. gilt dies auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern.

Wir haben im Folgenden zunächst die objektiven Voraussetzungen für die Anwendung dieser Vorschriften einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Wir werden uns dabei auf das Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit beschränken. Der objektive Tatbestand des § 254 BGB., — die widerrechtliche Mitverursachung eines Schadens, für den der Beschädigte von einem anderen Ersatz verlangen kann, durch den Beschädigten selbst, — enthält zwar außerdem noch das Kausalitätsproblem (mehrere Ursachen, Aufhebung des Kausalzusammenhanges!), dieses ist jedoch kein spezielles Problem des eigenen Verschuldens, sondern ein solches der gesamten Rechtsordnung. Um daher den Kernfragen unseres Themas, den Fragen nach der objektiven und subjektiven Rechtswidrigkeit des eigenen Verschuldens, nichts von dem Interesse, das sie beanspruchen, zu nehmen, wollen wir nur diesen eine eingehende Untersuchung widmen und die Lehre von der Verursachung ganz unbeachtet lassen. Soweit wir sie brauchen, werden wir uns für sie einfach auf den Boden der herrschenden sog. Adäquanztheorie stellen, und zwar in deren von T r a e g e r entwickelten Form (vgl. Traeger, a. a. O.).

Was nun das Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit anlangt, so verlangt der Wortlaut des § 254 BGB., daß die Mitwirkung des Beschädigten bei der Entstehung des Schadens schuldhaft gewesen ist. Das bedeutet für den objektiven Tatbestand nach dem normalen und korrekten Sprachgebrauch des Gesetzes, daß das Verhalten des Beschädigten, das den Schaden mitverursacht hat, rechtswidrig gewesen sein muß, oder, was dasselbe ist, daß der Beschädigte eine Rechtspflicht gehabt haben muß, sich anders zu verhalten. Somit ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, daß ein Tatbestandserfordernis des eigenen Verschuldens die Widerrechtlichkeit ist.

Damit ist die Sache jedoch nicht abgetan. Es fragt sich vielmehr, was die genannte Tatsache für eine Bedeutung hat. Das Tatbestandserfordernis der Widerrechtlichkeit ist nicht nur beim eigenen Verschulden sondern ganz allgemein in mancherlei Beziehung ein eigenartiges und unterscheidet sich grundlegend von anderen Tatbestandserfordernissen (vgl. darüber insbesondere: Fischer, a. a. O., S. 96 ff.; und Hold von Ferneck, a. a. O., S. 392 ff.). Es ist einmal nicht ein solches Tatbestandserfordernis, das neben die übrigen Tatbestandserfordernisse zu stellen ist, sondern ein solches, das in den übrigen Tatbestandserfordernissen enthalten sein muß, und ferner nicht ein solches, das wie die übrigen Tatbestandserfordernisse in jedem einzelnen Fall besonders begründet sein muß, sondern ein solches, das gewöhnlich schon in den übrigen Tatbestandserfordernissen enthalten ist und nur aus besonderen Gründen im einzelnen Fall ausgeschlossen sein kann. Die Aufstellung der Widerrechtlichkeit als Tatbestandserfordernis bedeutet deshalb stets nur, daß der spezielle, gerade in Betracht stehende Fall ebenso die Eigenschaft der Widerrechtlichkeit besitzen muß wie der gesetzliche Tatbestand im allgemeinen, und daß seine Widerrechtlichkeit nicht aus irgend einem besonderen Grunde ausgeschlossen sein darf.

Um nun die genannten Tatsachen feststellen zu können, muß man wissen, worin die Widerrechtlichkeit des gesetzlichen Tatbestandes im allgemeinen besteht, und wodurch sie im einzelnen Fall ausgeschlossen werden kann. — Der Tatbestand des eigenen Verschuldens ist zunächst deshalb widerrechtlich, weil er einen Eingriff in einen fremden Rechtskreis darstellt. [1]) Dieser liegt in der Verursachung der Schadenersatzpflicht des Fremdschädigers. Der Schaden, um dessen Ersatz es sich handelt, wenn eigenes Verschulden des Beschädigten berücksichtigt werden soll, muß in gleicher Weise vom Fremdschädiger und vom Beschädigten verursacht

---

[1]) Vgl. RG. in JW. 1926, 3642 und RG. RK. zu § 823 Anm. 10: „Jeder Eingriff in einen fremden Rechtskreis ist widerrechtlich, wenn ihm nicht eine besondere Befugnis zur Seite steht", und besonders Fischer, a. a. O., S. 167.

sein. Da der Schaden aber die erste Voraussetzung für die Ersatzpflicht des Fremschädigers ist, ist es klar, daß im Falle eigenen Verschuldens auch dieses von dem Beschädigten verursacht ist. Zwischen den Schaden und die Schadenersatzpflicht des Fremdschädigers schiebt sich allerdings das Gesetz, das die Schadensersatzpflicht des Fremdschädigers bestimmt. Diese Tatsache ist jedoch nicht geeignet, den bestehenden Kausalzusammenhang aufzuheben. Der bei der Entstehung des Schadens mitwirkende Beschädigte verursacht also, wenn auch nur gemeinsam mit dem Fremdschädiger selbst, dessen Schadenersatzpflicht. Wenn man aber bei der Betrachtung dieses Tatbestandes die Rechtsfolge des eignen Verschuldens — die entsprechende Minderung der Schadensersatzpflicht des Fremdschädigers —, deren Eintritt ja gerade erst geprüft werden soll, außer Betracht läßt, ist unschwer zu erkennen, daß der Beschädigte dadurch in den Rechtskreis des Fremdschädigers eingreift und somit, falls er dies unberechtigt tut, widerrechtlich handelt.

Das Vermögen einer Person, ein wesentlicher Bestandteil ihres Rechtskreises, kann nämlich begrifflich auf zwei verschiedene Arten verletzt werden; einmal durch Verletzung oder Entziehung der zu ihm gehörenden Rechte, und ferner durch Vergrößerung des zu ihm gehörenden Pflichtenkomplexes. Das Vermögen einer Person ist die Summe ihrer Rechte, vermindert um die Summe ihrer Pflichten. Es ist klar, daß es für den Vermögensinhaber ein völlig gleichgroßer Schaden ist, wenn seine Rechte verringert werden und wenn seine Pflichten vermehrt werden. Auch die ungerechtfertigte Belastung mit einer Rechtspflicht, wie sie das eigene Verschulden darstellt, ist demnach eine Vermögensbeschädigung und damit ein Eingriff in einen fremden Rechtskreis, der ohne besonderen Rechtfertigungsgrund widerrechtlich ist. Wenn das eigene Verschulden, wie es nach außen den Anschein hat, lediglich eine Selbstschädigung darstellte, würde eine Rechtspflicht zu seiner Unterlassung dem streng durchgeführten Prinzip unserer Rechtsordnung, daß in seinem Rechtskreise jeder tun und lassen kann was er will, widersprechen. Es gibt sonst keinen Rechtssatz, der die Selbstschädigung als solche verbietet. Das Gesetz verbietet diese vielmehr höchstens dann, wenn ihre Wirkungen sich auch auf fremde Rechtskreise erstrecken und nicht auf den eigenen beschränkt bleiben. Gerade in den Fällen des eigenen Verschuldens bleibt aber der sich selbst zugefügte Schaden niemals auf den eigenen Rechtskreis beschränkt. Es ist vielmehr für das eigene Verschulden charakteristisch, daß ein anderer, nämlich derjenige, der mit dem Beschädigten zusammen den Schaden herbeigefügrt hat, für den Schaden haftet. Da der Schädiger für diese Haftung, die als Schuld in sein Vermögen kommt, keinen Gegenwert erhält, ist sie für ihn ein, wenn auch z. T. selbstverschuldeter Schaden. Der Beschädigte, dem eigenes Verschulden im

Sinne des Gesetzes vorgeworfen werden kann, beschädigt durch sein Verhalten das Vermögen des Schädigers.

Besonders klar tritt die genannte Tatsache zutage, wenn der ersatzpflichtige Fremdschädiger beispielsweise nur wegen Gefährdung haftet, der Beschädigte aber, der den Schaden bei weitem vorwiegend verursacht hat, schuldunfähig ist oder schuldlos handelt. In diesem Falle kann § 254 BGB., wie unten gezeigt werden wird, aus subjektiven Gründen keine Anwendung finden. Deshalb sieht man hier sehr deutlich, wie dem Fremdschädiger durch den Beschädigten ein dauernder Schaden entsteht. Als Beispiel möge der leider nur allzuhäufig vorkommende Fall dienen, daß ein Kind unter sieben Jahren auf der Straße spielt, durch Unvorsichtigkeit unter die Straßenbahn gerät und schwer verletzt wird. Die Straßenbahn muß u. U. den gesamten Schaden tragen und dem Kinde evtl. lebenslang eine Rente bezahlen. — Auch in den Fällen, in denen der Beschädigte mit mehr oder weniger Glück die Schadenersatzpflicht des Fremdschädigers zu seinem Vorteil auszubeuten sucht, ist die Schädigung des Fremdschädigers durch den Geschädigten besonders klar erkennbar.

Aus dem Gesagten ist ersichtlich, daß die Widerrechtlichkeit des eigenen Verschuldens zunächst in der Verursachung der Schadenersatzpflicht des Fremdschädigers liegt. Aber sie liegt zugleich auch in der Verletzung einer dem Beschädigten allgemein obliegenden Rechtspflicht. Dies folgt einmal aus der Tatsache, daß jedes rechtswidrige Verhalten begriffsnotwendig auch die Verletzung einer Rechtspflicht ist. Aber dies ist auch noch aus einem ganz unabhängigen anderen Umstand zu ersehen, nämlich aus der Rechtsfolge des eigenen Verschuldens. Die vom Gesetz für den Fall der Erfüllung des Tatbestandes dem Beschädigten angedrohte ganze oder teilweise Entziehung des Schadenersatzanspruches ist für diesen ein Rechtsnachteil. Er besteht, wie fast alle von der Zivilrechtsordnung angedrohten Rechtsnachteile — so bespielsweise alle Schadenersatzpflichten — darin, daß derjenige, der unter bestimmten Voraussetzungen eine Rechtspflicht verletzt, die Person, in deren Interesse die Erfüllung der Rechtspflicht liegt, schadlos zu halten und selbst den Schaden zu tragen hat. Die Androhung dieses Rechtsnachteils ist der für unsere heutige Rechtsordnung charakteristische psychische Zwang, mit dem die Rechtsordnung die von ihr aufgestellten Rechtspflichten ausrüstet, um auf deren Erfüllung hinzuwirken. Aus einem solchen Zwange zu einem bestimmten Verhalten kann und soll man die Rechtspflicht zu diesem Verhalten gegenüber demjenigen, in dessen Interesse die Erfüllung liegt, schließen. — Die Rechtspflicht, die nach dem Gesagten aus § 254 BGB. zu entnehmen ist, würde etwa dahin gehen, daß niemand

sich selbst in der Weise Schaden zufügen darf, daß nach dem Gesetz ein anderer denselben ersetzen muß.

Somit ergibt sich, daß die Widerrechtlichkeit des allgemeinen Tatbestandes des eigenen Verschuldens darin besteht, daß der Beschädigte durch sein Verhalten ohne besonderen Rechtfertigungsgrund Mitverursacher der Schadensersatzpflicht des Fremdschädigers ist und diesem gegenüber die genannte Rechtspflicht verletzt. Daraus folgt aber, daß das Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit im einzelnen Fall nur dann erfüllt ist, wenn das Verhalten des Beschädigten sich als unberechtigte Schädigung des Fremdschädigers und als Verletzung der diesem gegenüber bestehenden Rechtspflicht darstellt.

Das gewonnene Ergebnis bedarf noch einiger Ergänzungen und Verdeutlichungen.

1. Zunächst interessiert uns die Frage, ob und wie der Tatbestand des eigenen Verschuldens durch Unterlassungen erfüllt werden kann. Die Tatsache, daß er im einzelnen Fall einen unberechtigten Eingriff in die Rechtssphäre des Fremdschädigers darstellen muß, hindert dies nicht. Es handelt sich dann um ein sogenanntes delictum commissivum per ommissionem. Eine Unterlassung kann zwar begrifflich überhaupt keinen, geschweige denn einen unberechtigten Eingriff in einen fremden Rechtskreis darstellen, aber es gibt wie stets, so auch beim eigenen Verschulden, gewisse Unterlassungen, welche solchen Handlungen, die einen derartigen Eingriff darstellen, kraft positiver Gesetzesvorschrift oder ex ratione legis gleichstehen, weil die unterlassene Handlung rechtlich geboten war, um Erfolge wie den eingetretenen, nach Möglichkeit zu verhüten. Beim eigenen Verschulden sind derartige Unterlassungen zunächst die in § 254, II. BGB. aufgezählten Unterlassungen des Beschädigten. Sie sind den positiven Handlungen des Beschädigten, die eigenes Verschulden darstellen, durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift gleichgestellt. Auch denjenigen, der ohne besonderen Rechtfertigungsgrund unterläßt, einen ihm entstandenen oder drohenden Schaden abzuwenden oder zu mindern, und denjenigen, der unterläßt, seinen Schuldner auf die Gefahr eies ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, trifft der Vorwurf des eigenen Verschuldens. Die in Betracht kommenden Unterlassungen sind jedoch nicht auf die in § 254, II. BGB. aufgezählten Fälle beschränkt. Beispielsweise auch derjenige, der entgegen einer Polizeivorschrift bei Glatteis versäumt, vor seinem Hause zu streuen, und dann vor diesem Hause ohne weiteres Verschulden seinerseits infolge der Glätte und der hinzutretenden Unvorsichtigkeit eines anderen einen Sturz und eine Verletzung erleidet, erfüllt den objektiven Tatbestand des eigenen Verschuldens. —

2. Daraus, daß der Grund der Rechtswidrigkeit des eigenen Verschuldens der Eingriff in die Rechtssphäre des Fremdschädigers ist, ergibt sich, daß § 254 BGB., der den Schaden, welcher dem Fremdschädiger durch den Beschädigten erwächst, mit dem Schaden, den der Fremdschädiger dem Bschädigten zufügt, auf billige Weise zum kompensieren versucht, eine Vorschrift zu Gunsten ds Fremdschädigers ist, und daß die Rechtsordnung das Verhalten des Beschädigten nur deshalb mißbilligt, weil es gegen das Interesse des Fremdschädigers verstößt. Diese Tatsache hat für die Abgrenzung des Tatbestandes des eigenen Verschuldens maßgebende Bedeutung. Eigenes Verschulden des Beschädigten liegt nur dann vor, wenn der Beschädigte gegen das Interesse des Fremdschädigers verstößt. Hat dieser an einem anderen Verhalten des Beschädigten keinerlei Interesse, d. h. wird die Entstehung oder das Bestehen seiner Schadenersatzpflicht, wenn man von der Rechtsfolge des § 254 BGB., die ja erst geprüft werden soll, absieht, dadurch in keiner oder nur in günstiger Weise beeinflußt, oder hat der Fremdschädiger gar im Gegenteil ein Interesse an dem betreffenden Verhalten des Beschädigten, so ist der Tatbestand des eigenen Verschuldens nicht erfüllt.

Der Verstoß des Beschädigten gegen seine eigenen Interessen ist im Gegensatz zu der Interessenverletzung des Fremdschädigers völlig irrelevant. Gerade im Gegenteil, auch wenn der Beschädigte sich auf Kosten des Fremdschädigers bereichern, d. h. dessen bestehende Schadenersatzpflicht ausnutzen will, und auf diese Weise seine Interessen wahrnimmt, liegt eigenes Verschulden des Beschädigten vor. Das Verhalten des Beschädigten ist in diesen Fällen meist nicht nur kein Verstoß gegen seine eigenen Interessen, sondern im Gegenteil äußerst klug oder, bessergesagt, raffiniert. Erst § 254 BGB. bringt hier den Ausgleich, sodaß der Beschädigte im Endeffekt allerdings nur gegen seine eigenen Interessen handelt. Diese Tatsache hat aber mit der Feststellung, daß der Beschädigte in erster Linie gegen das Interesse des Fremdschädigers verstößt, nichts zu tun. Es ist dasselbe Bild wie bei jeder anderen Schadenhaftung, wo derjenige, der einem anderen Schaden zufügt, dadurch daß er sich schadenersatzpflichtig macht, letzten Endes immer auch sich selbst schädigt.

3. Die dem § 254 BGB. zu entnehmende Rechtspflicht unterscheidet sich nach unseren obigen Ausführungen nicht von anderen Rechtspflichten. Die allgemeinen Rechtssätze finden deshalb auch auf sie Anwendung. Dies gilt insbesondere von dem Rechtssatz, von dem unsere gesamte heutige Rechtsordnung beherrscht wird, und der die obere wie die untere Grenze aller Rechtspflichten bildet, dem Grundsatz von Treu und Glauben. Nach § 242 BGB. hat der Schuldner die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es

erfordern. So muß der Schuldner leisten. So braucht er aber auch nur zu leisten. Der Gläubiger hat nur Anspruch auf das, was er nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verlangen darf. Diese Tatsache ist für den Anspruch aus § 254 BGB. besonders wichtig. Der Fremdschädiger kann dem Beschädigten den Einwand eigenen Verschuldens z. B. dann nicht entgegen halten, wenn dem Beschädigten ein anderes Verhalten nicht zuzumuten war (vgl. Endemann, a. a. O., S. 598). Beispiele hierfür sind insbesondere die Fälle, in denen der Beschädigte durch sein Verhalten einer hohen, sittlichen Pflicht genügte. Denjenigen, der ein zwischen den Schienen der Eisenbahn spielendes Kind im letzten Augenblick der Gefahr entreißt und hierbei selbst verletzt wird, trifft kein eigenes Verschulden. Weitere Beispiele sind die Fälle, in denen die Abwendung oder Minderung des Schadens dem Beschädigten ganz unverhältnismäßige Anstrengungen oder Unannehmlichkeiten bringen würden. Darunter fallen die häufig vorkommenden sog. Operationsweigerungen. Dem Beschädigten kann nicht zugemutet werden, im Interesse der Verringerung der Schadenersatzpflicht des Fremdschädigers überaus schmerzhafte oder gefährliche Operationen zu dulden. — Bezüglich der Schmerzhaftigkeit wird man es in diesen Fällen auf ihr Verhältnis zu der in Aussicht stehenden Besserung abstellen müssen. Bei Weigerungen gegenüber gefährlichen Operationen fehlt es für das eigene Verschulden gewöhnlich bereits an dem erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen der Unterlassung der Operation und dem Schaden. Die Operationsweigerung ist nur condicio sine qua non des Schadens, wenn von der Operation mit Sicherheit Besserung zu erwarten ist. Wenn die Operation die Gefahr einer Verschlechterung mit sich bringt, ist das nicht der Fall. Ist trotz Gefährlichkeit im einzelnen Fall Kausalzusammenhang zwischen der Operationsweigerung und dem Schaden anzunehmen, so wird auch hier für die Zumutbarkeit das Verhältnis der Gefahr zu der in Aussicht stehenden Besserung maßgebend sein müssen.

Nachdem wir nunmehr festgestellt haben, inwiefern der allgemeine Tatbestand des eigenen Verschuldens widerrechtlich ist, und wie demnach auch jeder einzelne Tatbestand des eigenen Verschuldens beschaffen sein muß, kommen wir nunmehr zur Feststellung der Umstände, welche die Widerrechtlichkeit des eigenen Verschuldens im einzelnen Fall ausschließen. Hier kommen alle Gründe in Betracht, die nicht nur beim eigenen Verschulden sondern ganz allgemein die Widerrechtlichkeit eines Verhaltens beseitigen, wie z. B. Notwehr, zivilrechtlicher Notstand, Einwilligung des Verletzten, Erfüllung einer Amts- oder Berufspflicht und andere. Die Anwendbarkeit dieser besonderen Rechtfertigungsgründe auf Tatbestände des eigenen Verschuldens im einzelnen zu

prüfen, würde zu weit führen. Sie ergibt sich im einzelnen Fall meist ohne Schwierigkeit.

Als praktisches Ergebnis der bisherigen Erörterungen ist somit Folgendes festzuhalten. Die Anwendung des § 254 BGB. ist nur möglich, wenn das mitwirkende Verursachen des Schadens durch den Beschädigten rechtswidrig war. Die Rechtswidrigkeit liegt im allgemeinen vor; nur, falls es sich um eine Unterlassung handelt, bedarf sie zu ihrer Begründung einer besonderen Gesetzesbestimmung. Maßgebend für die Beurteilung des Tatbestandes ist das Interesse des Schädigers. Ausgenommen von der Widerrechtlichkeit sind nur die Fälle, in denen der Beschädigte einen besonderen Rechtfertigungsgrund für sein Verhalten hatte, und die Fälle, in denen der Fremdschädiger ein anderes Verhalten des Beschädigten nicht verlangen konnte, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen.

B. **Widerlegung von Gegenständen.**

Die von uns vertretene Meinung, daß ein Tatbestandsmerkmal des § 254 BGB. die Widerrechtlichkeit des Tatbestandes sei, ist stark bestritten. Die bei weitem herrschende Meinung [1]) leugnet dies, weil sie der Ansicht ist, daß der objektive Tatbestand des eigenen Verschuldens als solcher nicht rechtswidrig ist, und daß das Tatbestandserfordernis der Widerrechtlichkeit, (das ja, wie wir gesehen haben, nur die Bedeutung hat, daß jene vorhandene Widerrechtlichkeit des Tatbestandes nicht ausgeschlossen sein darf) deshalb sinnlos ist. Im Folgenden sollen nun alle Gründe unserer Gegner, die sich gegen unsere Meinung richten, daß der Tatbestand des § 254 BGB. im allgemeinen widerrechtlich ist, einzeln aufgezählt und nacheinander widerlegt werden.

1. Die vorliegende Meinungsverschiedenheit hat nicht so sehr, wie man vielleicht zunächst meinen könnte, den Begriff der Rechtswidrigkeit oder Widerrechtlichkeit zum Gegenstande, als vielmehr die Frage, ob der Tatbestand des eigenen Verschuldens die als Begriff feststehende Eigenschaft der Widerrechtlichkeit besitzt. Es wird gegen unsere Meinung zunächst eingewandt, daß das eigene Verschulden gar keinen ungerechtfertigten Eingriff in eine fremde Rechtssphäre darstelle, und daß infolgedessen aus dieser Tatsache auch nicht seine Widerrechtlichkeit hergeleitet werden könne. Der dem Fremdschädiger durch das Verhalten des Beschädigten erwachsende Schaden solle durch § 254 BGB. gerade hintangehalten werden, so wird argumentiert, er entstehe gar nicht und aus ihm könne mithin nicht die Widerrechtlichkeit des Verhaltens des

[1]) Vgl. die Literaturzusammenstellung bei Oertmann, a. a. O. zu § 254 BGB.

Beschädigten geschlossen werden. Gegen den gemachten Einwand ist zu sagen, daß es nicht angängig ist, einen Tatbestand erst dann auf seine Recht- oder Unrechtmäßigkeit zu untersuchen, wenn der ordnungsmäßige Zustand wiederhergestellt ist. Die eigenartige Rechtsfolge des eigenen Verschuldens, die sofortige Beseitigung oder Minderung der Schadenersatzpflicht des Fremdschädigers kraft Gesetzes und der damit verbundene Mangel der äußeren Wahrnehmbarkeit und Beständigkeit des Schadens, den der Fremdschädiger erleidet, ist allerdings geeignet, den Anschein zu erwecken, als ob derjenige, den der Vorwurf des eigenen Verschuldens trifft, nur sich selbst verletzt und deshalb nach allgemeinen Grundsätzen nicht widerrechtlich handelt. Nach unserem Dafürhalten muß jedoch bei der Untersuchung des Tatbestandes die Rechtsfolge des Tatbestandes völlig außer Betracht bleiben, da ihr Eintritt ja gerade erst geprüft werden soll. Wenn untersucht werden soll, ob das eigene Verschulden des Beschädigten den Schädiger in seiner Rechtslage beeinträchtigt, ist von der Rechtsfolge des eigenen Verschuldens, die die Beeinträchtigung wieder aufhebt, abzusehen. Anderenfalls könnte man in den Fällen der Fremdschädigung dann nie von einem Schaden sprechen, wenn der Beschädigte einen vollwertigen Ersatzanspruch erlangt. Ebensowenig wie man bei der Prüfung des Tatbestandes einer unerlaubten Handlung aus den §§ 823 ff. BGB. auf ihre Widerrechtlichkeit hin, davon ausgehen darf, daß nach der Rechtsfolge des Tatbestandes der Schädiger ja den gesamten Schaden ersetzen muß und auf diese Weise letzten Endes nur sich selbst schädigt, um zu dem Resultat fehlender Widerrechtlichkeit zu gelangen, genau so wenig darf man bei der Prüfung des Tatbestandes des eigenen Verschuldens auf seine Widerrechtlichkeit hin die Rechtsfolge dieses Tatbestandes in Betracht ziehen.

Der Einwand, der Tatbestand des § 254 BGB. stelle keinen Eingriff in einen fremden Rechtskreis dar, dürfte damit widerlegt sein. Lediglich des Interesses halber wollen wir noch mitteilen, daß offenbar auch noch andere Rechtsordnungen wie das BGB., das eigene Verschulden des Beschädigten für eine Interessenverletzung des Fremdschädigers halten, wenn beispielsweise das dem Schuldrecht des BGB. nahe verwandte Schweizerische Obligationenrecht in seinem Artikel 44 das eigene Verschulden des Beschädigten als schuldhafte Erschwerung der Stellung des Ersatzpflichtigen bezeichnet.

2. Es wird nun weiter behauptet, selbst die Tatsache, daß das eigene Verschulden des Beschädigten auch für den Fremdschädiger einen Schaden herbeiführe, sei nicht geeignet seine Widerrechtlichkeit darzutun, denn man könne sein Recht, über eigene Rechtsgüter nach Belieben zu

verfügen, wie jedes andere Recht, auch dann ausüben, wenn dadurch ein anderer geschädigt würde. Diese Behauptung trifft in ihrer Allgemeinheit nicht zu, vielmehr bedarf sie einer Einschränkung. Nur dann darf man anläßlich der Ausübung eines Rechtes fremde Rechtsgüter verletzten, wenn das ausgeübte Recht diese Verletzung mit umfaßt. Das aber ist gerade der Streit. U. E. hat ohne weiteres niemand das Recht, einen anderen durch Belastung mit einer Schadenersatzpflicht zu schädigen. Die gegenteilige Meinung wäre in ihren Konsequenzen ganz unhaltbar.

3. Ebenso wie unsere Meinung, daß das eigene Verschulden einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre darstellt, und daß diese Tatsache die Widerrechtlichkeit des eigenen Verschuldens begründet, wird natürlich auch unsere Ansicht bekämpft, daß für den Beschädigten eine der Widerrechtlichkeit seines Verhaltens entsprechende Rechtspflicht, sich anders zu verhalten, besteht.

Zunächst hält man die Annahme des Bestehens der Rechtspflicht für eine unertragbare Einschränkung des Rechtes der Verfügungsfreiheit über eigene Rechtsgüter. Dieser Einwand wäre berechtigt, wenn wir nicht durch die Betrachtung edr Rechtsfolge des eigenen Verschuldens entkräftet würde. Die Eigenartigkeit des dem Fremdschädiger durch den Beschädigten zugefügten Schadens, der Belastung mit der Schadenersatzpflicht, hat dem Gesetz die Möglichkeit gegeben, diesen Schaden bei seiner Entstehung, d. h. bevor er noch dem Fremdschädiger spürbar wird, auf Kosten des Beschädigten automatisch ganz oder wenigstens zum Teil wieder zu beseitigen. Dadurch, daß das Gesetz von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, hat es die Rechtspflicht, mitwirkende Selbstschädigungen zu unterlassen, im Gegensatz zu anderen Rechtspflichten zu einer nur bedingten Rechtspflicht gemacht und die für den Beschädigten wegen des Eingriffs in einen fremden Rechtskreis bestehende Beschränkung in der Verfügungsfreiheit über eigene Rechtsgüter aufgehoben. Wenn der Beschädigte seinen Schadenersatzanspruch gegen den Fremdschädiger aufopfern will, braucht er infolge der eigenartigen Rechtsfolge des eigenen Verschuldens der für ihn bestehenden Rechtspflicht nicht nachzukommen und kann, trotzdem er damit in einen fremden Rechtskreis eingreift und eine Rechtspflicht verletzt, über seine eigenenen Rechtsgüter nach Belieben verfügen. Die Annahme der Rechtspflicht hat also keine untragbare Beschränkung der Verfügungsfreiheit über eigene Rechtsgüter zur Folge.

4. Ein weiterer Einwand, der gegen unsere Lehre von dem Bestehen der Rechtspflicht des Beschädigten erhoben wird, ist der, daß der Anspruch des Schädigers, der der Verpflichtung des Beschädigten gegen-

übersteht, nicht klagbar ist. — Demgegenüber ist nur zu sagen, daß die Klagbarkeit kein wesentlicher Bestandteil der Rechtspflicht ist. Es gibt in der Rechtsordnung eine große Anzahl klagloser Ansprüche. Insbesondere Gegenansprüche, die dem Schuldner (der hier dem Schädiger entspricht) gegen den Gläubiger (der hier dem Beschädigten entspricht) zustehen, und an deren Erfüllung der Schuldner nur ein Interesse hat, wenn der Gläubiger den Hauptanspruch geltend macht, sind ohne diese Voraussetzung nie selbständig klagbar und können im allgemeinen, auch wenn der Hauptanspruch erhoben wird, nur als Einwendungen gegen den Hauptanspruch geltend gemacht werden. Beispiele hierfür sind die zahlreichen Zurückbehaltungsrechte unserer Rechtsordnung. Wie dort, so hat auch hier der Schuldner, d. h. der Schädiger, kein Interesse an der Klagbarkeit seines Anspruches. Der Schaden, den § 254 BGB. abwehren soll, ist die Entstehung einer Schadensersatzpflicht; er wird vom Gesetz in § 254 BGB. im Augenblick seiner Entstehung automatisch wieder beseitigt. Der ordnungsmäßige Zustand, der das Ziel einer Schadensersatzklage sein könnte, wird vom Gesetz selbst wieder hergestellt. Der Schädiger bedarf deshalb keiner Klagmöglichkeit. Es ist jedenfalls daran festzuhalten, daß auch die mangelnde Klagbarkeit nichts gegen das Bestehen der Rechtspflicht besagt.

5. Gegen unsere Behauptung, das Bestehen der mehrfach genannten Rechtspflicht sei auch aus § 254 BGB. zu ersehen, wird zunächst eingewandt, diese Folgerung sei eine petitio principii. — Dieser ganz unverständliche, merkwürdigerweise aber recht häufige Vorwurf, wird im allgemeinen folgendermaßen begründet. Es solle gerade erst bewiesen werden, daß für den Beschädigten eine Rechtspflicht besteht, sich anders zu verhalten und daß deshalb der Tatbestand des § 254 BGB. rechtswidrig ist. Deshalb könne man nicht davon ausgehen, daß § 254 BGB. die fragliche Rechtspflicht aufstelle.

Die angegebene Argumentation übersieht, daß unsere Behauptung, aus § 254 BGB. seien bestimmte Rechtspflichten zu folgern, nicht der Ausgangspunkt sondern der Schlußpunkt unseres Beweises ist. Wir gehen nicht von dem Bestehen irgend welcher Rechtspflichten aus, sondern wir folgern diese zunächst gänzlich unabhängig aus dem Umstande, daß das eigene Verschulden ein Eingriff in eine fremde Rechtssphäre ist. Der § 254 BGB. bietet uns nur eine wertvolle Bestätigung unserer Meinung. Die Nachteilsandrohung durch das Gesetz und der damit verbundene psychische Zwang bezeugen uns, daß auch das Gesetz das Bestehen einer Rechtspflicht für den Beschädigten sich anders zu verhalten, voraussetzt. — Das von uns auf den § 254 BGB. angewandte Verfahren ist auch bei anderen Rechtsnormen allgemein gebräuchlich.

§ 823, I. BGB. z. B. lautet folgendermaßen: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, . . . oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet." Aus dieser Vorschrift entnimmt Wissenschaft und Praxis allgemein und ständig die allgemeine Rechtspflicht zu einem Verhalten, das sich von der Verletzung absoluter Rechtsgüter anderer ohne besonderen Rechtfertigungsgrund freihält. Es ist kein Grund einzusehen, warum § 254 BGB. anders ausgelegt werden soll wie § 823, I BGB. — Der Unterschied, daß als Folge des Verhaltens dort eine Schadensersatzpflicht auferlegt, hier ein sonst begründeter Schadensersatzanspruch aberkannt wird, kann für den Rückschluß auf die Widerrechtlichkeit des Verhaltens keinen Einfluß haben. Beides sind, wie wir gesehen haben und noch sehen werden, gleichermaßen Rechtsnachteile. — Damit dürfte aber nachgewiesen sein, daß unsere Beweisführung keine petitio principii enthält.

6. Es wird jedoch auch bestritten, daß aus einer Nachteilsandrohung durch das Gesetz für ein bestimmtes Verhalten, eine Rechtspflicht zu dem gegenteiligen Verhalten zu folgern ist. Als Beweis dafür wird das Beispiel des § 826 BGB. ins Treffen geführt, nach dem angeblich auch rechtmäßige Handlungen zum Schadensersatz verpflichten sollen. — Diese Meinung übersieht, daß ein an sich rechtmäßige Handlung dann, wenn sie einen vorsätzlichen Verstoß gegen die guten Sitten darstellt, gerade durch § 826 BGB. zu einer rechtswidrigen Handlung wird (vgl. RG. Bd. 58, S. 214; RG. RK. zu § 826 Anm. 1). Man könnte das Beispiel des § 826 BGB. somit eher für als gegen unsere Meinung anführen.

7. Ein letztes Argument gegen unsere Ansicht, daß aus § 254 BGB. selbst das Bestehen einer Rechtspflicht des Beschädigten hervorgeht, ist die Behauptung, daß die in § 254 BGB. an die Erfüllung des Tatbestandes geknüpfte Rechtsfolge für den Beschädigten gar kein Nachteil sei, sondern nur der Ausschluß eines rechtlichen Vorteils, den er bei Nichterfüllung des Tatbestandes erlangen würde. § 254 BGB. sei nicht so zu verstehen, daß die Erfüllung des Tatbestandes die Voraussetzung für die Zufügung eines rechtlichen Nachteiles sei, sondern so, daß die Nichterfüllung der Tatbestandes die Voraussetzung für die Erlangung eines rechtlichen Vorteils sei.

Auch die wiedergegebene Behauptung, welche den vom § 254 BGB. ausgehenden psychischen Zwang, der allein den Schluß auf die Rechtspflicht zuläßt, leugnet, ist unrichtig. Die Entziehung eines sonst in allen Punkten begründeten Schadensersatzanspruches, wie sie § 254 BGB. androht, ist in demselben Maße ein Rechtsnachteil wie die Auf-

erlegung einer Schadenersatzpflicht. § 254 BGB. geht nämlich für seine Anwendung von dem unbedingten Bestehen eines Schadenersatzanspruches des Beschädigten aus. Erst wenn ein solcher in allen seinen Voraussetzungen unbedingt feststeht, kann und braucht überhaupt an eine Berücksichtigung eigenen Verschuldens des Beschädigten gedacht werden. Die Schadenersatzpflicht des Fremdschädigers ist sozusagen erst die Grundlage für die Notwendigkeit der Bestimmung des § 254 BGB. Wenn sie nicht bestünde, wäre der Schaden und die Mitwirkung des Beschädigten bei seiner Entstehung für den Juristen ohne jedes Interesse. Die Schadenersatzpflicht des Fremdschädigers steht demnach zunächst fest und wird erst durch die Bestimmung des § 254 BGB. wieder aufgehoben. — Es ist jedenfalls nicht richtig, das § 254 BGB. nur eine Voraussetzung für die Erlangung eines positiven rechtlichen Vorteils bestimmt. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung geht vor allem klar auch aus der Stellung des § 254 BGB. im System des Gesetzes unter dem Abschnitt: „Inhalt der Schuldverhältnisse" hervor. Dieser Abschnitt des Gesetzes beschäftigt sich sonst in keiner Weise mit den Voraussetzungen irgend welcher Ansprüche. Er sieht sonst seine ganze Aufgabe darin, bestehende Ansprüche irgendwie zu modifizieren. Seine Bestimmungen sind teils erläuternder Natur, teils erweitern sie bestehende Rechtspflichten, teils schränken sie solche ein; nicht eine einzige Bestimmung aber, außer angeblich § 254 BGB., begründet eine primäre Schuldnerverpflichtung (wohl begründen einige Vorschriften, wie ja auch § 254 BGB. selbst, Gläubigerverpflichtungen!) Nur § 254 BGB. soll da aus dem Rahmen des gesetzlichen Systems herausfallen und eine Voraussetzung für die Entstehung von Schadenersatzpflichten bestimmen. Das ist nicht anzunehmen. § 254 BGB, steht zwischen zwei Bestimmungen, die beide bestehende Schadensersatzansprüche einschränken, und das tut er selbst auch. Es ist somit daran festzuhalten, daß durch die Anwendung des § 254 BGB. dem Beschädigten nicht nur die Gewährung eines rechtlichen Vorteils abgeschlagen wird, sondern, daß ihm dadurch ein rechtlicher Nachteil zugefügt wird.

8. Wir kommen nun zu dem letzten Einwand gegen unsere Theorie. Es wird behauptet, die Irrigkeit unserer Ansicht zeige sich, sobald man den Fall setze, daß der Beschädigte den drohenden Schaden kennt, aber nicht weiß, daß er von einem Menschen herrührt. Wenn er dann die nötigen Maßregeln unterlasse, treffe ihn eigenes Verschulden, obgleich er von einer Pflicht gegen den Täter nichts wissen könne.

Mit diesem Einwand will man wohl sagen, daß eine Folgerung unserer Theorie, daß das eigene Verschulden ein Verschulden im

Rechtssinne ist, die ist, daß das subjektive Verschulden des Beschädigten das Tatbestandsmerkmal, das die Widerrechtlichkeit des objektiven Tatbestandes begründet, nämlich die Verursachung der Schadensersatzpflicht des Fremschädigers, mitumfassen muß, und daß dies Ergebnis unhaltbar ist.

Auf die dargelegte Argumentation können wir nur erwidern, daß das von unseren Gegnern mißbilligte Resultat u. E. **nicht** unhaltbar ist. Im Gegenteil, wir ziehen die angefochtene Folgerung aus unserer Therorie und billigen das Ergebnis. Es gehört in der Tat zum Wesen jedes rechtlichen Verschuldens, daß die wegen ihrer Richtung auf einen rechtswidrigen Erfolg objektiv fehlerhafte Willenstätigkeit, die der Inbegriff des Verschuldens im engeren Sinne ist, vorwerfbar ist, weil der Schuldner die Tatbestandsmerkmale, welche die Widerrechtlichkeit seines Verhaltens begründen, und damit die Fehlerhaftigkeit seiner Willenstätigkeit kennt oder jedenfalls kennen muß. Es wäre von uns im höchsten Grade inkonsequent, wollten wir dieses spezifische Merkmal des Verschuldens beim eigenen Verschulden nicht verlangen. Der Beschädigte, dem eigenes Verschulden zum Vorwurf gemacht werden soll, muß die Entstehung der Ersatzpflicht seines Gegners oder jedenfalls die Umstände, welche die Möglichkeit der Entstehung einer Ersatzpflicht des Gegners erkennen ließen, gekannt oder nur infolge Fahrlässigkeit nicht gekannt haben. Jemand, dem ein anderer in verantwortlicher Weise einen Schaden zugefügt hat, kann diesen Schaden auch im Falle eigener, vom eigenen Interessenstandpunkt aus ordnungswidriger Mitwirkung bei der Entstehung des Schadens vom Fremdschädiger voll ersetzt verlangen, wenn er ohne jede Fahrlässigkeit nicht wußte, daß er durch sein Verhalten einen anderen ersatzpflichtig machen konnte.

Das dargelegte Teilergebnis unserer Rechtstheorie soll nun, scheinbar, weil es dem persönlichen Billigkeitsempfinden unserer Gegner, — das sie für das allgemeine halten —, widerspricht, die Unrichtigkeit unserer ganzen Lehre dartun. — Gegenüber dieser Meinungsäußerung fragen wir uns zunächst, ob der von unseren Gegnern behauptete Widerspruch vereinzelter Ergebnisse unserer Theorie mit dem Billigkeitsempfinden, selbst falls er besteht, überhaupt geeignet ist, unsere Rechtstheorie, die wir im übrigen als richtig erkannt haben, ins Wanken zu bringen. Diese Frage kann nur so beantwortet werden, daß dort, wo eine Entscheidung unzweifelhaft dem klaren und eindeutigen Wortlaut und Sinn des Gesetzes entspricht, für bloße Billigkeitserwägungen kein Raum ist. Um die Richtigkeit dieser Antwort darzulegen, wollen wir uns ein Beispiel bilden, das zeigt, wie das streng durchgeführte **allgemeine** Verschuldensprinzip des BGB. ähnlich unbillig erscheinende

Ergebnisse zeitigen kann wie die strenge Durchführung des Verschuldensprinzips beim eigenen Verschulden, und wie dort niemand aus diesem Grunde das Prinzip leugnet. Jemand beabsichtigt nach Art des Polykrates seinem Glücke ein Opfer zu bringen und einen ihm gehörigen wertvollen Gegenstand mutwillig zu zerstören. In nicht fahrlässigem Irrtume ergreift er einen falschen, vollkommen ähnlichen Gegenstand, der nicht ihm sondern einem anderen gehört, und zerstört diesen. Unserem Polykrates ist es mißlungen, sich einen Schaden zuzufügen. Er hat seinen kostbaren Gegenstand behalten und braucht, weil er sich über die Widerrechtlichkeit seines Tuns in einem unverschuldeten Irrtum befunden hat, dem anderen nicht Schadenersatz zu leisten. — Ueber den Widerspruch dieses rechtlich wohl unanfechtbaren Ergebnisses mit unserem persönlichen Billigkeitsempfinden dürfte kein Zweifel bestehen, und doch wird wohl niemand es wagen, um seinetwillen das Verschuldensprinzip des BGB. umzustoßen. Die Folgerung unserer Theorie vom eigenen Verschulden, daß dieses fehlt, wenn der Beschädigte zwar selbst bei der Entstehung des Schadens mitwirkt, aber schuldlos nicht weiß, daß er durch sein Verhalten einen anderen schadensersatzpflichtig machen kann, ist aber nicht unbilliger als die in diesem Beispiel aufgezeigte Konsequenz des allgemeinen Verschuldensprinzips. Ebenso wie man dieses trotz der Härten, die es vereinzelt mit sich bringt unangefochten läßt, soll man auch das Verschuldenserfordernis beim eigenen Verschulden unangefochten lassen.

Trotzdem hiernach der dargelegte Einwand gegen unsere Theorie bereits widerlegt ist, wollen wir uns noch kurz vor Augen halten, daß die fragliche Konsequenz unserer Theorie nicht einmal so unbillig ist, wie sie auf den ersten Blick erscheint. Aus dem oben zur Verdeutlichung der Härten des allgemeinen Verschuldensprinzips angeführten Beispiel ist ersichtlich, daß der Gläubiger bezw. Beschädigte durch dieses Prinzip unserer Rechtsordnung in eine verhältnismäßig ungünstige Lage versetzt ist. Er kann u. U. für Irrtümer seiner Rechtsgenossen büßen müssen. Unsere Meinung kommt deshalb dem an sich von der Rechtsordnung ungünstig gestellten Beschädigten nur in billiger Weise entgegen. Wenn der Beschädigte einmal von einem anderen wegen Verschuldens oder Gefährdung Ersatz verlangen kann, ist es nur billig, wenn man ihm diesen Anspruch nicht ohne weiteres entziehen kann, sobald er irgendwie bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Dazu muß vielmehr kommen, daß er schuldhaft gehandelt hat und zwar schuldhaft in Bezug auf den Gegner. In seinem eigenen Rechtskreise soll man doch tun und lassen können, was man will. Dort soll man sich ruhig auch einmal selbst gefährden können. Nur im Verkehr mit

anderen gebietet uns die heutige Rechtsordnung Sorgfalt. Das eigene Verschulden ist sozusagen die Umkehrung des Fremdverschuldens. So wie man beim Fremdschädiger die Zurechnung der Schadensverursachung weitgehend einschränkt, soll man dies auch bei dem Selbstschädiger. Wenn der Schadensträger einmal wegen Verschuldens oder Gefährdung Ersatz verlangen kann, soll man ihm diesen nicht ohne weiteres nehmen.

Nur eine Einschränkung ist zu machen. Wenn der Beschädigte sich, auch wenn er ohne Fahrlässigkeit nicht wußte, daß er von einem anderen Ersatz verlangen konnte oder einen Schadensersatzanspruch hatte, absichtlich einen Schaden zugefügt hat, und diesen Schaden nachträglich ersetzt verlangt, weil er später erfährt, daß auch ein anderer den Schaden in verantwortlicher Weise mitverursacht hat, dann kann ihm u. U. die exceptio doli generalis entgegengehalten werden. Er setzt sich in diesem Falle durch die Geltendmachung des Ersatzanspruches mit seinem früheren Verhalten in Widerspruch. Mit einer derartigen Anwendung der exceptio doli generalis dürften jedenfalls die unbilligsten Ergebnisse unserer Theorie ausgeschaltet werden können.

Damit sind aber alle Einwände gegen unsere Deutung des § 254 BGB. widerlegt.

§ 3: II. Abweichende Meinungen.

Im Folgenden soll eine kritische Uebersicht über die verschiedenen Lehrmeinungen, die von unserer Theorie über das eigene Verschulden abweichen, gegeben werden, und zwar zunächst über diejenigen, die die Rechtswidrigkeit des eigenen Verschuldens leugnen. Unter ihnen sind zwei Hauptgruppen zu unterscheiden. Die eine Gruppe deutet das Wort „Verschulden" in §254 BGB. ganz fort, die andere deutet es um. Beide Lehren stehen sich zwar sonst fremd gegenüber, haben jedoch in der Ablehnung der Widerrechtlichkeit den gleichen unrichtigen Ausgangspunkt und können deshalb in dieser Beziehung eine einheitliche Behandlung erfahren. Wir glauben nun allerdings, bei der Darlegung unserer Meinung und bei der Verteidigung derselben gegen die ihr zu Teil gewordenen Angriffe die Tatsache, daß die Widerrechtlichkeit ein Tatbestandsmerkmal des eigenen Verschuldens ist, bereits hinreichend bewiesen zu haben. Wir wollen jedoch nochmals darauf hinweisen, daß der Grund der Meinungsverschiedenheit in der unzulässigen Vermischung von Tatbestand und Rechtsfolge des eigenen Verschuldens durch unsere Gegner liegt. Wegen der mangelnden Trennung in der Betrachtung derselben unterliegen sie der Täuschung, daß sich der Be-

schädigte durch seine Mitwirkung lediglich selbst schädigt und können sich die Rechtswidrigkeit dieser Mitwirkung deshalb nicht vorstellen. Mit dem Nachweis der Unrichtigkeit dieser Betrachtungsweise durch uns haben wir bereits beide Lehren geschlagen. Trotzdem wollen wir sie in Folgendem noch einer näheren Betrachtung unterziehen.

Bevor wir jedoch in die Betrachtung der einzelnen Lehren eintreten, sei es des besseren Verständnisses halber, und weil die Betrachtung sehr interessant ist, gestattet, noch aufzudecken, wie die beiden bekämpften Theorien trotz der Gleichheit ihres Ausgangspunktes zu einem verschiedenen Ergebnis gelangen. Beide gehen, wie gesagt, davon aus, daß der Tatbestand des eigenen Verschuldens sich von gewöhnlichen Selbstschädigungen nicht wesentlich unterscheidet und schließen aus der Erlaubtheit der gewöhnlichen Selbstschädigung, daß auch das eigene Verschulden nicht verboten sein könne. Hier trennen sich dann jedoch die Theorien. Die eine Lehre, die sog. objektive Theorie, schließt daraus, daß das Gesetz die gewöhnliche Selbstschädigung nicht nur vom rechtlichen Standpunkt sondern auch sonst in keiner Weise mißbilligt, a maiori ad minus darauf, daß das Gesetz dies auch beim eigenen Verschulden nicht tut. Die andere Lehre, die h. M., schließt umgekehrt daraus, daß das Gesetz in § 254 BGB. von Verschulden spricht, darauf, daß das Gesetz das eigene Verschulden, wenn auch nicht in rechtlicher, so doch in irgend einer anderen (ethischen) Beziehung mißbilligt; und hieraus wieder, a minori ad maius, darauf, daß das Gesetz die Selbstschädigung überhaupt mißbilligt. Die objektive Theorie zieht aus ihrer Meinung die Konsequenz, daß das Verhalten des Beschädigten zur Anwendung des § 254 BGB. überhaupt nicht mißbilligt zu sein braucht. Die herrschende Lehre zieht aus ihrer Meinung die Konsequenz, daß das Verhalten des Beschädigten zur Erfüllung des Tatbestandes des eigenen Verschuldens von der Ethik mißbilligt sein muß.

Nunmehr können wir in die Betrachtung und in die Kritik der beiden bekämpften Theorien im Einzelnen eintreten.

A. Die sogen. objektive Theorie.

Die erste Meinung, die sog. objektive Theorie, welche das Erfordernis der Widerechtlichkeit in § 254 BGB. ganz fortinterpretiert, wird vertreten von Endemann (a. a. O., S. 593; allerdings nur für § 254, I BGB.), Weyl (a. a. O., S. 299), Fischer (a. a. O., S. 179); Bienenfeld (a. a. O., S. 489 ff.); Crome (a. a. O., S. 494 ff.); Croissant (a. a. O., S. 13, 16); Wendt und anderen. Diese Schriftsteller vertreten die Auffassung, daß das Wort „Verschulden"

im § 254 BGB. vom Gesetz im Sinne des vulgären Sprachgebrauchs anstelle des Wortes „Verursachen" verwandt sei, und daß das eigene Verschulden ein einfaches Rechtsereignis sei, das lediglich darin bestehe, daß der Beschädigte bei der Entstehung des Schadens mitwirkt. „Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt" soll nach ihr lediglich bedeuten „war er selbst schuld daran", d. h. „hat er selbst die Ursache gesetzt, oder die Gelegenheit etc. herbeigeführt". (Vgl.: Endemann a. a O.).

Die gegnerische Meinung stützt sich einerseits auf die etwas ungenaue Wortfassung des Gesetzes, die dem Begriff „Verschulden", einem intern bleibenden Willensvorgang, Ursächlichkeit beimißt, und andererseits auf den angeblich häufigen Gebrauch des Wortes „Verschulden" durch das Gesetz im Sinne von „Verursachen". — Beide Gründe sind äußerst fadenscheinig und in Wirklichkeit wohl nur Vorwände für Billigkeitserwägungen hinsichtlich des Tatbestandserfordernisses subjektiver Schuld des Beschädigten, welches die bekämpfte Theorie mit ihrer Behauptung, „Verschulden" sei in § 254 BGB. nur ein verunglückter Ausdruck des Gesetzes für „Verursachen", ebenso leugnet wie die objektive Rechtswidrigkeit. Der Begriff Verschulden bezeichnet allerdings bei korrektem Sprachgebrauch nur eine bestimmte Art menschlicher Willenstätigkeit. Ein „Verschulden" kann deshalb als solches einen Schaden oder irgend eine andere sinnlich-wahrnehmbare Wirkung nicht herbeiführen. Es tut dies vielmehr nur indirekt durch Vermittelung des menschlichen Körpers. Deshalb ist der Wortlaut des Gesetzes nicht ganz genau. Der aus ihm normalerweise zu entnehmende Sinn ist jedoch klar. Der Beschädigte muß schuldhaft und damit widerrechtlich gehandelt haben.

Wie der erste Grund so ist auch der zweite Grund der objektiven Theorie nicht stichhaltig. Es ist nicht der Fall, daß, wie behauptet wird, das BGB. das Wort „Verschulden" häufig im Sinne von „Verursachen" gebraucht, vielmehr wird dies Wort vom Gesetz wohl stets nur im Sinne einer qualifizierten Verursachung benutzt (vgl.: Traeger, a. a. O. S. 339.; Gottschalk, a. a. O., S. 78 f.; Rosenthal, a. a. O., S. 39; RG. in Zivilsachen, Bd. 54, S. 410).

„Verschulden" ist nach der u. E. undurchbrochenen Terminologie des Gesetzes stets auf einen rechtswidrigen Erfolg gerichtet. Die von der gegnerischen Meinung angezogenen Beispiele, die das Gegenteil beweisen sollen, sind wohl alle ebensowenig dazu geeignet wie das eigene Verschulden selbst.

Die sog. objektive Theorie führt im übrigen zu recht merkwürdigen Ergebnissen. Nach ihr hat der Richter die Möglichkeit, jede Mitwir-

kung des Beschädigten bei der Entstehung des Schadens dem Beschädigten im Sinne einer Minderung oder Aufhebung seines Ersatzanspruches in Anrechnung zu bringen. Auch wenn der Beschädigte für sein Verhalten einen besonderen Rechtfertigungsgrund hatte, oder auch, wenn er im Interesse des Beschädigten handelte, oder auch, wenn ihm ein anderes Verhalten nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden konnte, hängt es nach der bekämpften Meinung von dem freien Ermessen des Richters ab, ob er den Ersatzanspruch des Beschädigten kürzen oder bestehen lassen will. Wenn der Richter auch in der Mehrzahl der aufgezählten Fälle von dieser Befugnis keinen Gebrauch machen wird, so ist doch schon die bloße Möglichkeit eines Gebrauches, der dann ja mit dem Gesetz in Einklang stehen würde, ein unerwünschtes Ergebnis. Die Theorie Endemanns und seiner Anhänger ist somit für den objektiven Tatbestand des eigenen Verschuldens abzulehnen.

B. Die herrschende Lehre.

Die zweite hier bekämpfte Meinung ist die herrschende Lehre (h. L). Sie wird vertreten von Zitelmann, dem Begründer der Lehre (a. a. O., S. 166 ff.); Rümelin (a. a. O., S. 311); Traeger (a. a. O., S. 329); v. Leyden (a. a. O., S. 62 ff.); Michaelis (RG. RK. zu b 254 Anm. 1); Oertmann (a. a. O. zu § 254 Anm. 1 b); Enneccerus (a. a. O., S. 51); Staudinger (a. a. O. zu § 254 Anm. 2c); Rosenthal, wohl auch Elsas, Schroeder und vielen Anderen. Diese Schriftsteller schließen aus dem Gebrauch des Wortes „Verschulden" durch das Gesetz in § 254 BGB., daß das Gesetz eine Mißbilligung des Verhaltens des Beschädigten verlangt. Da sie aber, wie erwährt, der Meinung sind, daß die Mißbilligung keine rechtliche sein kann, glauben sie, daß sie eine ethische sein muß. Sie stellen für den Tatbestand des eigenen Verschuldens das Erfordernis der ethischen Milligung auf, und zwar, — indem sie davon ausgehen, daß jedes Verhalten des Beschädigten, das seinen eigenen Interessen widerspricht, von der Ethik im allgemeinen mißbilligt wird, — in der Form, daß das Verhalten, damit es als eigenes Verschulden gewertet werden kann, „vom eigenen Interessenstandpunkt des Beschädigten aus ordnungswidrig" gewesen sein muß (vgl. Zittelmann, a. a. O., S. 165 ff.). Das Vorliegen dieser Ordnungswidrigkeit ist nach der h. L. das Kriterium dafür, ob mitwirkendes Verschulden im Sinne des Gesetzes vorliegt oder nicht. Analog dem Erfordernis der Rechtswidrigkeit sieht sie dieses Tatbestandserfordernis dann erfüllt, wenn die ethische Mißbilligung, die dem gesetzlichen Tatbestand des eigenen Verschuldens als dem Tatbestand einer Selbstschädigung nach ihrer Mei-

nung allgemein anhaftet, nicht durch einen besonderen Ausschlußgrund beseitigt ist.

Wir lehnen die herrschende Lehre ab, und zwar sowohl in ihren theoretischen Voraussetzungen, als auch in ihren praktischen Folgerungen. Um zunächst die ersteren zu betrachten, so lehrt die h. M., daß der Gebrauch des Wortes „Verschulden" in § 254 BGB. nur ein gelegentlicher Ausdruck des Gesetzes für seine allgemeine Mißbilligung der Selbstschädigung vom ethischen Standpunkt aus ist. Damit lehrt sie aber, daß das Gesetz mit dem Maßstab der Ethik Handlungen innerhalb des eigenen Rechtskreises kritisiert. Charakteristisch für diese Auffassung der h. L. ist die Formulierung Zitelmanns (a. a. O., S. 167): „Der Handelnde verletzt freilich keine Rechtspflichten, aber man betrachtet es als eine (ethische) Pflicht des Menschen gegen sich selbst, daß er sich nicht selbst Nachteile zufügt, und mißbilligt das Verhalten dieses Menschen daher von dessen eigenem Interessenstandpunkt aus".

Gegenüber der geschilderten Auffassung der h. L. muß zunächst festgestellt werden, daß das Gesetz eine Kritik an Handlungen innerhalb des eigenen Rechtskreises nicht kennt. Die Rechtsordnung, als Dienerin des Zusammenlebens der Menschen, kümmert sich um das einzelne Individuum, solange es in seinem Interessenkreise bleibt, überhaupt nicht. Sie teilt für rechtlich-unerhebliche Handlungen weder Lob noch Tadel aus. Diese Funktion überläßt sie vielmehr allein der Ethik. Es ist auch gar kein Grund einzusehen, warum die Rechtsordnung die Selbstschädigung als solche mißbilligen sollte; es entspricht doch gerade dem Recht, daß jeder über seine eigenen Rechtsgüter frei verfügen kann, solange er andere unbehelligt läßt. Es scheint uns sogar, als ob die Selbstschädigung auch durchaus nicht schlechthin der Ethik widerspricht. Beispielsweise für Verletzung des eigenen Eigentums dürfte dieses kaum zutreffen. Die Ordnung im eigenen Rechtskreise hat die Rechtsordnung sehr mit Recht dem gesunden Egoismus des Einzelnen anvertraut.

Seinem Zwecke nach greift das Recht stets nur dort ein, wo die Rechtskreise verschiedener Personen sich berühren oder schneiden. Dort allerdings gebraucht das Gesetz häufig auch den Maßstab der Ethik; stets aber in der Weise, daß es ein bestimmtes Verhalten oder eine bestimmte Tatsache für den Fall, daß sie der Ethik widersprechen, direkt oder indirekt für rechtswidrig erklärt (vgl. z. B. die §§ 138, 826 BGB.). Eine bloße Mißbilligung eines Verhaltens oder einer Tatsache vom ethischen Standpunkt aus, ohne gleichzeitiges Verbot, wie sie Zitelmann behauptet, kennt u. E. das Gesetz nicht. Eine solche Mißbilligung, ein merkwürdiges Zwittergebilde zwischen rechtlichem Verbot und recht-

licher Erlaubnis, wäre lediglich eine schöne Geste und so zwecklos, wie nur irgend etwas.

Ist somit die h. L. schon in ihrer theoretischen Voraussetzung, daß jede Selbstschädigung rechtlich mißbilligt sei, nicht haltbar, so ist sie praktisch noch weniger verwendbar. Nach der h. M. soll für die Billigung oder Mißbilligung des Verhaltens des Beschädigten die Ordnungsmäßigkeit von seinem eigenen Interessenstandpunkt aus maßgebend sein. Das steht mit dem Zweck des § 254 BGB. in krassem Widerspruch. Es wird wohl kaum irgend jemand bestreiten können, daß § 254 BGB. nach dem Zweck und Willen des Gesetzes nicht den Interessen des Beschädigten sondern den Interessen des Schädigers dienen soll. Wie kann aber für die Interessen des Schädigers die Ordnungsmäßigkeit vom Interessenstandpunkt des Beschädigten aus maßgebend sein? Uns erscheint dieser Widerspruch unlösbar. Die konsequente Durchführung einer derartigen Lehre muß praktisch zu unrichtigen Ergebnissen führen.

Es wird zu zeigen sein, daß dies der Fall ist. Vorher sei jedoch erwähnt, daß die h. M. sich vor einer konsequenten Durchführung ihrer Lehre wohlweislich hütet. Wohl in der unbewußten Erkenntnis der Unrichtigkeit in deren Aufbau neutralisiert sie diese durch Inkonsequenz bei deren praktischer Anwendung. Bei der Betrachtung des einzelnen Falles auf seine „Ordnungswidrigkeit vom eigenen Interessenstandpunkt aus" abstrahiert sie vom Tatbestand des eigenen Verschuldens die Schadensersatzpflicht des Schädigers (vgl.: Zitelmann, a. a. O., S. 168.) Sie formuliert die Frage nach der Ordnungswidrigkeit etwa folgendermaßen: Hat der Beschädigte vom eigenen Interessenstandpunkt aus ordnungswidrig gehandelt, wenn man davon absieht, daß er den ihm daraus erwachsenen Schaden von einem anderen ersetzt verlangen kann? -- Es ist zweifellos, daß diese Frage in den weitaus meisten Fällen, in denen der Beschädigte bei der Verursachung seines Schadens mitwirkt, zu bejahen ist, und daß die h. L. auf diese Weise in den meisten Fällen zu richtigen Resultaten gelangt, was bei konsequenter Durchführung der Lehre nicht der Fall wäre. Es ist aber ebenso zweifellos, daß die obige Frage unrichtig gestellt ist. Bei der Feststellung, ob ein bestimmtes Verhalten des Beschädigten als eigenes Verschulden zu betrachten ist oder nicht, darf man die Schadenersatzpflicht des Fremdschädigers nicht außer Betracht lassen. Diese ist das erste und wichtigste Tatbestandsmerkmal des mitwirkenden Verschuldens. Sie ist gerade das Typische, wodurch sich das eigene Verschulden von gewöhnlichen Selbstschädigungen unterscheidet, und ohne das der Tatbestand des eigenen Verschuldens die Rechtsordnung garnicht interessieren würde.

Mit derselben Berechtigung, die es gestatten soll, von dem Tatbestandsmerkmal der Schadensersatzpflicht des Schädigers abzusehen, könnte auch jedes andere Tatbestandsmerkmal außer Betracht bleiben.

Im Folgenden soll nun die praktische Unbrauchbarkeit der h. L. an einigen Beispielen gezeigt werden.

Es gibt zahlreiche Fälle, die zweifellos als Fälle eigenen Verschuldens angesprochen werden müssen, bei denen aber unmöglich davon gesprochen werden kann, daß der Beschädigte von seinem Interessenstandpunkt aus ordnungswidrig gehandelt hat. Im Gegenteil ist das Verhalten des Beschädigten in vielen Fällen mitwirkenden Verschuldens von seinem Interessenstandpunkt aus äußerst schlau und man kann dem Beschädigten nur deshalb einen Vorwurf machen, weil seine Handlungsweise zugleich egoistisch ist und in unbilliger Weise die Interessen des Fremdschädgers verletzt. — Ein Fall: Es handelt sich um den Ersatz von Heilungskosten. Der Beschädigte hatte zum Zwecke seiner Wiederherstellung ein notorisch teures Sanatorium aufgesucht, das seine bürgerlichen Verhältnisse durchaus übertraf. Es ist feststellbar, daß er, falls er selbst den Schaden zu tragen gehabt hätte, sicherlich eine billigere Methode zur Herbeiführung seiner Genesung gewählt hätte, und daß er sich lediglich auf Kosten des Ersatzpflichtigen ein paar gute Tage machen wollte. — Kein Mensch wird behaupten können, daß der Beschädigte von seinem Interessenstandpunkt aus ordnungwidrig gehandelt hat; und doch wird ihm jeder Richter erklären müssen, daß er die überflüssigen Mehrkosten selbst zu tragen hat. — Ein anderer Fall: Jemand muß eines sehr lohnenden Geschäftes halber, von dem seine wirtschaftliche Zukunft im Wesentlichen abhängt, an einem entfernten Punkt der Stadt sein; und zwar pünktlich zu einer fest bestimmten Zeit. Es ist schon spät. Er wartet auf die Trambahn. Als sie endlich kommt, ist sie überfüllt. Da andere Beförderungsmittel ihm nicht zur Verfügung stehen, hat er nur die Wahl, entweder sich das Geschäft und damit eine nicht wiederkehrende Aufstiegsgelegenheit entgehen zu lassen, oder sich den Gefahren einer Pufferfahrt auszusetzen. Schnell entschlossen wählt er das Letztere. Die Wahrscheinlichkeit eines Unfalles ist ja so gering. Nicht lange, und es geschieht ohne weiteres Verschulden des Verletzten doch ein Unfall, der jedoch nicht so schlimm ist, daß er den Verletzten hindert, zu seinem Ziel zu gelangen und zu seinem Vorteil zu verhandeln. — Der Verletzte hat wohl zweifellos von seinem eigenen Interessenstandpunkt aus nicht ordnungswidrig gehandelt. Er durfte von seinem eigenen Interessenstandpunkt aus auch als verständiger Mann, das geringe Risiko und selbst den Schaden in Kauf nehmen. Schwerlich dürfte er jedoch einen Schadenersatzanspruch aus § 1

RHG. haben. — Ein dritter Fall: Jemand hat im Vertrauen auf seinen Schadenersatzanspruch und aus Scheu vor Mühe einen Deckungskauf unterlassen. — Vom eigenen Interessenstandpunkt aus hat er, da er ohne die Vorschrift des § 254 BGB. keinen Schaden erlitten hätte, ordnungsmäßig gehandelt. Weil er gegen die Interessen des Fremdschädigers gehandelt hat, ist sein Schadenersatzanspruch gegen diesen dennoch wenigstens stark zu mindern.

Die angeführten Beispiele sind, wie man zugeben wird, Fälle, die täglich vorkommen und außerdem typische Fälle mitwirkenden Verschuldens; sie werden wohl auch von den Vertretern der h. L. darunter gerechnet. Mit der Theorie von der „Ordnungswidrigkeit vom eigenen Interessenstandpunkt aus“ ist das Ergebnis jedoch nicht zu begründen. Ueberall ist es vielmehr die nach Treu und Glauben und vor allem auch nach den heutigen Verkehrserfordernissen zu bemessende, aus § 254 BGB. selbst herzuleitende Rechtspflicht dem Schädiger gegenüber, sich anders zu verhalten.

C. Verschiedene andere Theorien.

Im Folgenden sollen der Vollständigkeit halber noch diejenigen Lehren einer kurzen Betrachtung unterzogen werden, die ganz oder zum Teil zu demselben Ergebnis wie wir gelangen, die aber in der Begründung der Meinung von uns abweichen und den Gegnern unserer Lehre in diesen Abweichungen Angriffspunkte geboten haben.

1. Zunächst haben wir uns da gegen diejenigen zu wenden, die unsere Anschauung für den Abs. II des § 254 BGB. teilen, für den Abs. I aber ablehnen. Dies sind insbesondere: Endemann, (a. a. O., S. 593 ff.) Hagen (a. a. O.); Schierlinger (a. a. O.) und Schneider (a. a. O.). Diese Schriftsteller verkennen, daß der 2. Absatz des § 254 BGB. zu dem 1. Abs. im Verhältnis der Unterordnung steht und lediglich bestimmt, daß die von ihm aufgezählten Unterlassungen, sofern sie ohne besonderen Rechtfertigungsgrund geschehen, ebenso als eigenes Verschulden zu gelten haben wie eine Handlung, die ohne besonderen Rechtfertigungsgrund den Tatbestand des 1. Absatzes erfüllt. Die Unterlassungen des 2. Absatzes sind zwar auch widerrechtlich, aber nur, weil sie den im 1. Absatz normierten Handlungen des Beschädigten ausdrücklich gleichgestellt sind. Es wäre überdies wohl ein unlöslicher Widerspruch, eine Handlung auch dann als eigenes Verschulden anzusehen, wenn sie rechtmäßig ist, eine Unterlassung aber nicht. Abgesehen aber auch davon ist es schon rein formell kaum angängig, das Wort „Verschulden“, das im 2. Absatz des § 254

BGB. direkt auf das Verschulden im 1. Absatz Bezug nimmt, hier anders auszulegen wie dort. Im 1. Absatz wird von „einem“ Verschulden gesprochen. Im 2. Absatz heißt es: Dasselbe gilt, wenn sich „das“ (scilicet „jenes“) Verschulden darauf beschränkt . . . usw. Die bekämpfte Lehre dürfte damit widerlegt sein.

2. Eine Reihe von Schriftstellern (vgl. z. B. Rehbein, a. a. O., S. 61 ff., Dronke u. a.) leiten die Widerrechtlichkeit des eigenen Verschuldens aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB.) ab, der die Rechtspflicht aufstellen soll, mitwirkende Selbstschädigungen zu unterlassen. Es ist denjenigen beizustimmen, die diese Deduktion ablehnen. § 242 BGB. stellt nicht die allgemeine Rechtspflicht auf, sich stets und über all so zu verhalten, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Seinem Wortlaut und Sinn nach hat er lediglich die Funktion, bestehende Rechtspflichten zu modifizieren.

3. Eine sehr merkwürdige, sonst alleinstehende Meinung verfechten Eick und Stikinski (vgl. a a. O.; neuerdings auch vertreten von Fischer, vgl. 34. Deutscher Juristentag 2, 506). Sie behaupten, die Mitwirkung des Beschädigten bei der Entstehung des Schadens sei zunächst nicht rechtswidrig, würde es aber, sobald der Beschädigte seinen Ersatzanspruch in vollem Umfange geltend mache. Für sie liegt die Widerechtlichkeit nicht in dem eigenen Verschulden, sondern in der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches, den man nach dem Gesetz nicht hat. Die Widerrechtlichkeit soll sich jedoch auf die Tatsache der Mitwirkung erstrecken, da sie mit der Geltendmachung der Ersatzpflicht einen einheitlichen Rechtsvorgang bilde. — Es kann wohl behauptet werden, daß diese Lehre sich aus Unrichtigkeiten zusammensetzt. Abgesehen davon, daß die bloße Geltendmachung eines nicht bestehenden Anspruches wohl nicht ohne weiteres widerrechtlich ist, ist es nicht richtig, daß die Mitwirkung des Beschädigten und die Geltendmachung des Ersatzanspruches einen einheitlichen Rechtsvorgang bilden kann. Es ist auch garnicht vorstellbar, daß ein Rechtsereignis, das zunächst rechtmäßig ist, nachträglich durch Parteiwillen rechtswidrig wird. Jedenfalls ist die geschilderte Theorie abzulehnen.

4. Eine bisweilen vertretene Meinung (vgl. z. B. Rümelin, a. a. O., S. 310 ff.; Elsas, a. a. O., S. 32 ff.) behauptet, es genüge für das eigene Verschulden ein Verschulden in Beziehung auf einen allgemein widerrechtlichen Tatbestand. Ein Verschulden in Bezug auf den eigenen Schaden und auf die Schadensersatzpflicht des Gegners sei nicht erforderlich, wenn das Verhalten des Beschädigten in anderer Beziehung schuldhaft widerrechtlich sei. Man folgert diese Meinung

aus der weiteren Wortfassung des Gesetzes. § 254 BGB. fordere ein Verschulden des Beschädigten, das bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Der Wortlaut ermögliche, hier unter „Verschulden“ jedes Verschulden zu verstehen. Deshalb könne man dort, wo es an einem Verschulden in Bezug auf den eigenen Schaden etc. fehle, aber ein anderes Verschulden vorhanden sei, dieses aus Billigkeitsrücksichten genügen lassen.

Wir können nicht umhin, die angegebene Auslegung des Gesetzes zu mißbilligen, weil sie zwar dem Wortlaut, nicht aber dem Sinn des Gesetzes entspricht. Auch sind wir der Anschauung, daß die von unseren Gegnern vertretene Auffassung durchaus kein zwingendes Erfordernis der Billigkeit ist. Die von ihnen angegebenen Beispiele, bei denen ein eigenes Verschulden im echten Sinne nicht vorliegt, die aber ohne Anwendung des § 254 BGB. zwangsläufig zu unbilligen Ergebnissen führen sollen, tun dies entweder u. E. nicht, oder sind auf andere Weise zu billigen Entscheidungen zu bringen. Das Erstere gilt z. B. von dem von Rümelin geschilderten Fall, in dem der Beschädigte nach Erhalt einer Wunde einen Diebstahl ausführt und dadurch schuldlos, aber adäquat eine Verschlimmerung seines Zustandes herbeiführt. Wenn man in diesem Falle adäquate Verursachung des vergrößerten Schadens durch den Fremdschädiger bejahen kann, ist kein Grund einzusehen, warum seine Haftung unbillig sein sollte. Zur zweiten Kategorie gehört beispielsweise ein anderer Fall Rümelins. Dem Dieb, der durch eine Fahrlässigkeit des Bestohlenen verletzt worden ist, soll ein dadurch begründeter Schadensersatzanspruch gemäß § 254 BGB. abzuerkennen sein. — Der Dieb erlangt hier wohl allerdings keinen Schadenersatzanspruch, — aber nicht, weil ihn eigenes Vrschulden trifft, sondern weil der Bestohlene ihm gegenüber keinerlei Sorgfaltspflicht hat. Ist der Bestohlene aus dem Gesichtspunkt der Notwehr sogar zu vorsätzlicher Verletzung des Diebes befugt, so ist a maiori ad minus zu schließen, daß er dem Dieb gegenüber zu keinerlei Vorsicht verpflichtet ist.

Die Lehre Rümelins führt überdies, wie Traeger (a. a. O., S. 330 f.) überzeugend ausführt, zu unhaltbaren Konsequenzen. „Wenn A auf seinem Gutshofe Schießübungen anstellt und den in den Hof eintretenden B fahrlässig verletzt, so würde die Schadensersatzpflicht des A davon abhängen, ob B in ehrlicher Absicht, z. B. um sich nach Arbeitsgelegenheit zu erkundigen, den Hof betreten hat, oder ob er dieses etwa in der Absicht zu stehlen, oder auch nur um einige Kirschen vom Baum zu pflücken, getan hat. Wenn ferner A den B schuldhafterweise verletzt hat, und dieser vorzeitig auf die Jagd geht, sodaß sich die Wunde in vorher nicht voraussehbarer Weise verschlimmert, so würde A für

den infolge dieser Verschlimmerung weiterhin entstehenden Schaden zwar dann haften, wenn B berechtigt gejagt hat, nicht aber dann, wenn er unberechtigt die Jagd ausgeübt hat". Die Theorie Rümelins ist somit abzulehnen.

§ 4: III. Gleichgerichtete Meinungen.

Wir kommen nun zur Betrachtung derjenigen Meinungen, die mit unserer Ansicht im Ganzen übereinstimmen. Kohler (a. a. O., S. 137) formuliert seine Anschauung folgendermaßen: „Zwischen dem Verletzer und dem Verletzten tritt eine notwendige Genossenschaft insofern ein, als das mit der verletzenden Tätigkeit verbundene oder ihr nachfolgende Verhalten des Verletzten zugleich auf den Erfolg der Verletzung und damit auf die Haftung des Verletzers einwirkt. Daher der Satz: der Verletzte ist genossenschaftlich gehalten, nicht in einer solchen Weise zu handeln, daß die verletzende Tätigkeit des Verletzers Erfolg hat; oder daß sich ihr Erfolg vergrößert. Tut er dies, in einer verantwortlichen Weise, so haftet er in der Art, daß hierdurch die Haftung des Verletzers abgemildert oder ganz aufgehoben wird, § 254 BGB." Diese Lehre ist lediglich eine andere Betrachtungsweise der auch von uns vertretenen Meinung. Ihrer Anschaulichkeit halber ist sie nur zu begrüßen.

Weitgehende Uebereinstimmung zeigt unsere Theorie ferner mit von Liszt und Gottschalk. Der Letztere scheint uns nur sowohl in der Begründung seiner Lehre als auch in seinen Folgerungen etwas zu allgemein. Wir möchten jedenfalls die Voraussetzungen, von denen er ausgeht, nicht alle unterschreiben, zumal sie zum Beweise der Richtigkeit der Meinung nicht erforderlich sind.

Am engsten berühren wir uns wohl mit Kreß. Dieser gibt (a. a. O., S. 341 f.) seiner Anschauung folgendermaßen Ausdruck: „Nach § 254 BGB. werden mit dem schuldhaften Verhalten des Gläubigers rechtliche Nachteile verknüpft; die schuldhafte Mitverursachung der Einwirkung, des Schadens, durch den Gläubiger, hat die Aufhebung oder Minderung seines Schadensanspruches zur Folge. Nach einer vielfach vertretenen Auffassung soll das schuldhafte Verhalten in diesem Falle den eigenen Interessenkreis des Berechtigten (Gläubigers) nicht überschreiten, somit nur einen Verstoß gegen eigene Interessen, keinen Uebergriff in einen fremden Rechtskreis darstellen. Auch bei dieser Auffassung wäre das schuldhafte Verhalten des Berechtigten immerhin ein Verstoß gegen die Rechtsordnung (wenn auch im eigenen Interessenkreise); mit dem Begriff des Verschuldens (als eines objektiv und subjektiv rechtswidrigen Verhaltens), wäre das noch verträglich. Indes die Annahme,

daß sich das schuldhafte Verhalten des Berechtigten auf den eigenen Interessenkreis beschränkt, dürfte kaum zutreffen; es wird nicht zu leugnen sein, daß die Rechtslage des Schadensschuldners durch das schuldhafte Verhalten des Berechtigten beeinträchtigt und der Ausgleich erst durch den § 254 BGB. (durch die hiernach dem Berechtigten gesetzten Nachteile) gegeben wird — also dasselbe Bild wie in allen anderen Fällen des Eingriffes in einen fremden Rechtskreis. / Anm.: Auch bei Verletzung von Verpflichtungen in den Fällen der unerlaubten Handlungen wird die Rechtslage des Betroffenen an sich beeinträchtigt, aber durch den Schadensanspruch wieder ausgeglichen. / Zummindesten zweckmäßig wird die Vorstellung sein, daß der Berechtigte, wenn auf sein schuldhaftes Verhalten die bezeichneten Rechtsanteile gesetzt sind, solches Verhalten zu unterlassen, sich anders, der Rechtsordnung entsprechend — zu verhalten hat; als eine Verletzung dieser Rechtspflicht zur Unterlassung und (positiven) Abwendung schädlicher Einwirkung stellt sich dann der Verstoß gegen die Rechtsordnung (das schuldhafte Verhalten des Berechtigten) dar.

C. Zweiter Hauptteil:

Der subjektive Tatbestand des eigenen Verschuldens.

§ 5: I. Eigene Meinung.

A. Darlegung.

Nach Prüfung des objektiven Tatbestandes des eigenen Verschuldens kommen wir nun zur Betrachtung des subjektiven Tatbestandes des eigenen Verschuldens. Das Gesetz verlangt für seine Anwendung „Verschulden" des Beschädigten. Es fragt sich also, was hierunter zu verstehen ist. Der tägliche Sprachgebrauch bezeichnet mit dem Worte „Verschulden" etwas anderes wie das Gesetz. Er versteht darunter eine Willenstätigkeit, die von irgend einem Standpunkt in irgend einer Beziehung unrichtig ist. Das Recht knüpft an den Begriff „Verschulden" einen engeren Sinn. Es bezeichnet damit zwar auch eine mißblligte Willenstätigkeit, aber nur eine solche, die wegen ihrer bewußten oder nur fahrlässig unbewußten Richtung auf einen rechtswidrigen Erfolg vom rechtlichen Standpunkt aus zu mißbilligen ist, und auch dies nur dann, wenn der Täter nicht gewisse, gesetzlich genau normierte Eigenschaften hat, die seine Verantwortlichkeit von vornherein ausgeschlossen erscheinen lassen. Das Erfordernis des Verschuldens schließt als wesentliche Bestandteile in sich: 1. das Erfordernis der Verschuldensfähigkeit (Deliktsfähigkeit) zur Zeit der Tat und 2. das Erfordernis einer der beiden Verschuldensformen, Vorsatz und Fahrlässigkeit. Die nähere Erörterung dieser Begriffe fällt nicht in den Rahmen der vorliegenden Arbeit. Der Begriff der Verschuldensfähigkeit ist den §§ 827,828 BGB. zu entnehmen, derjenige der Fahrlässikeit dem § 276 BGB. Vorsatz ist nach der herrschenden Lehre Wissen und Wollen des Erfolges. Nur eine Tatsache wollen wir hervorheben. Der Vorsatz muß das Kennen, die Fahrlässigkeit, das Kennenmüssen derjenigen Tatbestandsmerkmale, die die Widerrechtlichkeit des Tatbestandes begründen, umfassen, da nur hierdurch der dem Täter zu machende Vorwurf zu rechtfertigen ist (vgl. darüber schon oben, § 2b 8, S. 15ff).

Aus der gegebenen Begriffsdefinition folgt ohne weiteres, daß der Beschädigte, der den Tatbestand des eigenen Verschuldens erfüllt haben soll, deliktsfähig gewesen sein und ferner vorsätzlich oder fahrlässig

gehandelt haben muß. Das Tatbestandsmerkmal des eigenen Verschuldens, das dessen Widerrechtlichkeit begründet, ist die Entstehung der Schadensersatzpflicht des Fremdschädigers. In dieser Richtung muß also auch der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit des Beschädigten gelegen haben. Der Beschädigte, dem eigenes Verschulden zum Vorwurf gemacht werden soll, muß die Möglichkeit gehabt haben, vorauszusehen oder zu erkennen, daß er sich durch sein Verhalten einen Schaden zufügen würde, und ferner, daß er bei der Entstehung des Schadens mit einem anderen zusammenwirkte, der ihm möglicherweise schadenersatzpflichtig werden konnte (vgl. oben, S. 16).

B. Widerlegung von Gegenargumenten.

Ebenso wie unsere Meinung über den objektiven Tatbestand ist auch unsere Meinung über den subjektiven Tatbestand in der Literatur auf starken Widerstand gestoßen. Der Hauptvorwurf, der ihr gemacht wird, ist der, daß sie angeblich zu zahlreichen unbilligen Ergebnissen führt. Man hält es zum Teil für äußerst ungerecht, daß der Beschädigte, der einen Schaden, wenn auch schuldlos, mitverursacht hat, den Schaden trotzßdem voll ersetzt verlangen können soll, so beispielsweise, wenn ein Kind infolge eigener Unvorsichtigkeit überfahren wird.

Der uns gemachte Vorwurf kann leider nicht ganz widerlegt werden; immerhin ist er, wie wir sehen werden, sehr einzuschränken. Die unbilligen Ergebnisse, die unsere Theorie herbeiführt, bleiben auf wenige Ausnahmefälle beschränkt. Zu diesen aber haben wir, wie vorwegzunehmen ist, folgende Meinung. Wir halten uns nicht für befugt, um einiger weniger, bisweilen nur scheinbar unbilliger Ergebnisse wegen, einem sonst feststehenden Rechtsbegriff seine typischen Merkmale abzusprechen und ihn nach Belieben umzudeuten, oder gar ein ganzes Rechtsprinzip deswegen umzustoßen. Einzelfälle sind niemals dazu angetan, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Meinung darzutun. Nur der typische Fall darf für die Beurteilung eines Rechtsinstitutes maßgebend sein. Für Ausnahmefälle, die sich dem allgemeinen Prinzip nicht unterordnen lassen, muß versucht werden, Ausnahmelösungen zu finden.

Gegen den Vorwurf der allgemeinen Unbilligkeit unserer Deutung des eigenen Verschuldens ist zunächst zu sagen, daß man zu einem für den Fremdschädiger wirklich unbilligen Ergebnis überhaupt nur in den Fällen kommen kann, in denen der Fremdschädiger ohne Verschulden haftet, und in den Fällen, in denen sich sein Verschulden nicht auf den Schaden oder jedenfalls nicht auf den gesamten Umfang des Schadens erstreckt; nicht aber in den Fällen, in denen er den Schaden in seiner vollen Größe verschuldet hat. Es ist kein Grund einzu-

sehen, warum es haltlos unbillig ist, daß jemand einen Schaden, den er derart schuldhaft verursacht hat, daß sich sein Verschulden auch auf den Umfang des Schadens bezog, selbst wenn der Beschädigte bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, voll ersetzen muß. Hat der Beschädigte dabei schuldhaft gehandelt, so erheischt die Billigkeit allerdings einen Ausgleich, wie er ja auch in §254 BGB. gegeben ist. Fehlt aber ein Verschulden des Beschädigten, so ist es nur zu billigen, wenn dessen bloße Mitwirkung nur die Bedeutung eines einfachen Geschehnisses, dessen Herkunft für die Entscheidung des Falles irrelevant ist, beigemessen wird.

Aber nicht nur in den Fällen der vollen Verschuldenshaftung, sondern auch in den Fällen der Kausalhaftung macht eine Mitwirkung des Beschädigten, wenn sie schuldlos ist, die Belastung des Haftenden mit der vollen Schadensersatzpflicht nicht ohne weiteres zu einem unbilligen Ergebnis. Auch die Gefährdung und die schuldhafte Verursachung des Anfangserfolges, als Gründe einer Kausalhaftung, können beispielsweise auch bei objektiv fahrlässiger Mitwirkung eines Schuldunfähigen die volle Haftung durchaus rechtfertigen.

In der Tat zu unbilligen Ergebnissen — wenn auch nicht unbilligeren als einer Reihe anderer Folgeergebnisse des Schuldprinzips im BGB (vgl. oben, S. 16f.) — würden aber beispielsweise die Fälle führen, in denen ein verschuldensunfähiger Beschädigter mutwillig oder in ganz grober Weise unvorsichtig bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, während den Haftenden kein derartiges Verschulden trifft; ferner vielleicht die Fälle, in denen der Beschädigte vorsätzlich sich selbst schädigt, ohne von der Mitwirkung eines anderen zu wissen oder wissen zu müssen; und schließlich die Fälle, in denen zwar kein Verschulden des Beschädigten, aber doch ein Umstand, für den dieser im allgemeinen haftet, bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Abgesehen aber davon, daß es gerade bei diesen Fällen, der Kausalität halber, häufig sehr zweifelhaft ist, ob sie überhaupt unter § 254 BGB. zu subsumieren sind, bietet das Gesetz noch viele Wege, das Ergebnis in diesen Fällen billig zu gestalten. Da ist zunächst zu nennen die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 254 BGB. auf die Fälle, in denen der Beschädigte zwar nicht den Schaden *verschuldet* hat, aber in denen ein Schadensursache mitgewirkt hat, für die der Beschädigte im allgemeinen ebenso wie für Verschulden haftet. Da kommt weiter in Betracht die Verweisung in § 254 BGB. auf § 278 BGB. — die Haftung für den gesetzlichen Vertreter und Hilfspersonen —; ferner der Regreß des Schädigers am Aufsichtspflichtigen, der Billigkeitsausgleich des § 829 BGB., und schließlich als letzter gangbarer Ausweg auch noch die Exceptio doli generalis. — Das eine oder an-

dere dieser sechs Mittel (das erste ist die strenge Prüfung der Kausalfrage bei der Feststellung der Haftung des Fremdschädigers) dürfte in den weitaus meisten Fällen zu einer befriedigenden Lösung führen. Die übrigbleibenden, nicht ganz wunschgemäß zu entscheidenden Fälle werden daneben weder zahlenmäßig, noch sachlich stark ins Gewicht fallen. Für sie gilt das oben bereits Gesagte, daß sie nicht imstande sein dürften, den ganzen Begriff des eigenen Verschuldens grundlegend umzudeuten.

1. Im Folgenden soll in obigem Sinne zunächst einer Betrachtung unterzogen werden, ob und wann beispielsweise die Mitwirkung eines schuldunfähigen Beschädigten die an sich vorhandene Kausalität eines Fremdschädigers beeinflussen und aufheben kann. Eine auch nur einigermaßen gründliche Klärung dieser Frage ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit allerdings nicht möglich. Wir müssen uns vielmehr mit einigen, die Frage beleuchtenden Beispielen begnügen und sind im übrigen gezwungen, auf die Ausführungen anderer zu verweisen, die dem Problem eingehende Studien gewidmet haben (vgl. z. B.: Träeger a. a. O., S. 327 ff.; Litten, a. a. O., S. 98 ff.; Leonhard, a. a. O., S. 74). — Man stelle sich folgende Fälle vor, die wir der Literatur entlehnen: (vgl. inbesondere Leonhard, a. a. O., S. 72 und Litten, a. a. O., S. 99).

a) Ein sechsjähriges Kind läuft aus grober Unvorsichtigkeit direkt in ein Auto herein und wird schwer verletzt. b) Ein Geisteskranker reißt sich den Verband ab und vergrößert dadurch seine Verletzung und den Schaden den ein anderer ersetzen muß. c) Ein Wahnsinniger wirft sich, um sein Leben zu endigen, vor ein daherjagendes Gespann und wird schwer verletzt. d) Ein Kind quält ein Pferd und wird von ihm geschlagen. e) Ein Wahnsinniger, welcher sich in Freiheit befindet, geht in den zoologischen Garten, klettert in den Bärenzwinger und wird dort zerfleischt. f) Um einen kürzlich bewunderten Löwenbendiger zu imitieren, steckt ein sechsjähriges Kind seinen Kopf einem Fleischerhunde in das Maul und empfängt empfindliche Bißwunden.

Alle aufgezählten Fälle, die durch ein Verfahren nach § 254 BGB. wegen mangelnden Verschuldens, abgesehen von einer evtl. Regreß- oder Billigkeitshaftung, nicht billig zu lösen wären, erfahren ihre gerechte Entscheidung dadurch, daß die Adäquanz der Schadensverursachung durch den Fremdschädiger geleugnet wird. Die verschiedenen, sonst im allgemeinen fremde Verantwortlichkeit begründenden Schadensbedingungen waren in den geschilderten Beispielen sämtlich, obgleich conditiones sine qua non des Schadens, nicht generell geeignet, einen Schaden dieser Art oder in dieser Weise herbeizuführen.

2. Steht im Gegensatz zu den aufgezählten Fällen die Haftbarkeit des Fremdschädigers fest, will man sich jedoch mit diesem Ergebnis nicht zufrieden geben, so ist nunmehr zu untersuchen, ob die aus dem Rechtskreise des Beschädigten stammende, unverschuldete Schadensursache nicht eine solche ist, für die er sonst im allgemeinen haftet. Hier kommt zunächst in Betracht die Gehilfenhaftung, auf die in § 254 BGB. auch ausdrücklich verwiesen ist. Der Umfang der Anwendung des § 278 BGB. bzw. des § 831 BGB. im Gebiete des eigenen Verschuldens ist allerdings sehr streitig. Auch hier verbietet uns leider der Raum auf dieses sehr interessante, aber auch sehr schwierige Problem näher einzugehen. Wir müssen uns auch hier mit dem Hinweis auf die angegebene Möglichkeit einer Haftungseinschränkung durch mitwirkendes Verschulden eines Gehilfen oder gesetzlichen Vertreters begnügen.

3. Gleichfalls nicht näher eingehen können wir auch auf die Möglichkeiten einer analogen Anwendung des § 254 BGB. Wir wollen nur erwähnen, daß wir eine solche insbesondere stets dann für angebracht halten, wenn für die aus dem Rechtskreise des Beschädigten stammende, unverschuldete Schadensursache eine Kausalhaftung des Beschädigten begründbar ist. Unbedingt ablehnen müssen wir jedoch die von Krückmann aufgestellte Lehre von einer sogenannten Gefährdungsaufrechnung (vgl. Krückmann in Jherings Jahrbb., Bd. 52, S. 428 ff.; Bd. 54, S. 107 ff.; Bd. 55, S. 1 ff.). Nach ihr soll derjenige, der sich, sei es auch schuldlos, in den Bereich einer gefährdeten Sache begibt, im Falle seiner Verletzung durch diese Sache, gegen den sonst wegen Gefährdung haftenden Halter der Sache keinen, oder jedenfalls im allgemeinen nicht den vollen Ersatzanspruch haben. Unserer Ansicht nach läßt sich eine derartig weitgehende analoge Anwendung des § 254 BGB. de lege lata nicht begründen.

4. Wir kommen nun zu der vierten Möglichkeit, eine unbillige Belastung des Fremdschädigers mit einer Schadensersatzpflicht auszugleichen; und zwar für den Fall, daß es sich um einen schuldunfähigen Beschädigten handelt, — nämlich der Möglichkeit eines Regreßanspruches des Fremdschädigers gegen denjenigen, der kraft Gesetzes oder Vertrages die Aufsicht über den Schuldunfähigen zu führen hat und durch schuldhafte Versäumung dieser Pflicht den Schaden mitverursacht hat. Sie kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn eine Zurechnung des Verschuldens des Aufsichtspflichtigen dem Beschädigten selbst gegenüber (etwa nach § 278 BGB.) nicht möglich ist. In diesem Falle stehen für die Begründung eines Regreßanspruches zwei Wege zur Verfügung. Der eine führt über die §§ 832, 254 BGB, der andere über die §§ 823, 840, 426, 254 BGB. Beide ergeben gleiche, konkurrierende Ansprüche, die bei Verschulden des Aufsichtspflichtigen regelmäßig begründet sind.

Betrachten wir zunächst den ersten Weg. Der Schuldunfähige, der bei der Entstehung des Schadens mitwirkt, fügt dem Fremdschädiger, der mit ihm den Schaden verursacht und dann für den ganzen Schaden ersatzpflichtig ist, — wie wir oben gesehen haben — widerrechtlich einen Schaden zu. Wenn dieser Schaden durch eine gehörige Aufsichtsführung über den Schuldunfähigen hätte verhütet werden können, kann der Fremdschädiger von dem Aufsichtspflichtigen gemäß § 832 BGB. Schadensersatz verlangen. Allerdings kann ihm dieser, wie es ja auch der Billigkeit entspricht, eigenes Verschulden entgegenhalten, sodaß die Höhe oder evtl. sogar das Bestehen der Schadensersatzpflicht noch von den Umständen und insbesondere davon abhängig ist, wodurch der Schaden und damit die Schadensersatzpflicht des Fremdschädigers vorwiegend verursacht ist, — ob durch das Verhalten des Fremdschädigers selbst oder durch die Verletzung der Aufsichtspflicht.

Zu genau dem gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man den zweiten von uns vorgeschlagenen Weg beschreitet. Ist der Schaden eines Schuldunfähigen sowohl durch das schuldhafte Verhalten eines beliebigen Dritten und sein eigenes Verhalten als auch durch die Verletzung der Aufsichtspflicht seitens des Aufsichtspflichtigen verursacht, so hat der Schuldunfähige einen Schadensersatzanspruch sowohl gegen den Dritten als auch gegen den Aufsichtspflichtigen (§ 823, I und II BGB.). Beide haften gemäß § 840, I BGB. als Gesamtschuldner. Nimmt der Schuldunfähige nun nur den Dritten in Anspruch, so hat dieser gegen den Aufsichtspflichtigen den Ausgleichsanspruch des § 426 BGB., bei dessen Abmessung wiederum, wie oben, der Grundsatz des § 254 BGB. maßgebend ist. Der zweite Weg führt demnach zu demselben Ziele wie der erste. Zu bemerken ist jedoch, daß der erste Weg wegen der Umkehrung der Beweislast in § 832 BGB. der günstigere ist.

5. Als fünftes Mittel, unbillige Ergebnisse auf dem Gebiet des eigenen Verschuldens zu verhindern, steht uns nach Erschöpfung der übrigen Mittel noch der § 829 BGB. zur Verfügung. (Derselben Meinung: Rümelin, a. a. O., S. 316 f.; Enneccerus, § 236 Ziff. Ia Anm. 7; Dungs in: Gruch. Beitr., Bd. 54, S. 248; Krückmann, a. a. O., S. 199, 203; Litten, a. a. O., S. 104; Planck, a. a. O. zu § 254 Ziff. 2a f.; Traeger, a. a. O., S. 340; a. M.: v. Liszt, a. a. O., S. 82; Gottschalk, a. a. O., S. 70; und das RG.). Seiner Bestimmung nach soll §829 BGB. dazu dienen im Gebiet der unerlaubten Handlungen, und zwar mit Beschränkung auf die §§ 823—826 BGB., unbillige Resultate, die sich aus der konsequenten Durchführung des Schuldprinzips im BGB. ergeben, zu vermeiden. Seine direkte oder analoge Anwendung auf unerlaubte Handlungen

außerhalb der §§ 823—826 BGB. d. h. auf solche unerlaubten Handlungen, deren Tatbestand sich nicht unter die §§ 823 bis 826 BGB. subsumieren läßt, ist wegen der engen Fassung des Gesetzes ausgeschlossen. Anders verhält es sich jedoch mit den Rechtsnormen, die an sich irgend einen Tatbestand der §§ 823 — 826 GBB. enthalten, die aber aus Gründen außerhalb des Tatbestandes speziell geregelt sind, und auf welche die §§ 823—826 BGB. nur wegen des Grundsatzes lex spezialis derogat legi generali nicht anzuwenden sind. Beispiele solcher Vorschriften sind die §§ 831, 833 Satz 2, 836 BGB., bei denen die Umkehrung der Beweislast den Grund zur Sondernormierung bildet. Auf sie ist § 829 BGB. anwendbar (vgl. RG. RK. zu § 829 BGB. Anm. 1).

Ein weiteres Beispiel ist unser § 254 BGB. Wir haben oben als unzweifelhaft festgestellt, daß er nicht dem Interesse des Beschädigten sondern dem Interesse des Fremdschädigers zu dienen bestimmt ist. Er ist demnach ein Schutzgesetz im Sinn des § 823, II BGB. Lediglich weil das Gesetz für das mitwirkende Verschulden nicht eine Schadensersatzpflicht des Beschädigten gegen den Schädiger, sondern aus praktischen Gründen eine Verringerung bezw. Aufhebung der Schadensersatzpflicht des Schädigers gegen den Beschädigten nach Maßgabe der Umstände für angebracht hält, ist die Bestimmung des § 823, II BGB. unanwendbar. Wir können hiernach keinen Grund einsehen, warum der § 829 BGB. nicht auf den § 254 BGB. Anwendung finden soll. Dabei ist die Anwendung wie stets nur aus besonderen, vornehmlich in den Verhältnissen der Beteiligten begründeten Billigkeitsrücksichten gestattet.

Es ist jedoch noch hervorzuheben, daß es für die Anwendung des § 829 BGB. auf das eigene Verschulden vollkommen unerheblich ist, ob dieses einen Schaden betrifft, den der Fremdschädiger aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung ersetzen muß, oder um einen Schaden, den er aus dem Gesichtspunkt des Vertrages ersetzen muß (a. M.: Elsas a. a. O.). Eigenes Verschulden ist, abgesehen von Spezialfällen, auch innerhalb von Verträgen, nicht die Verletzung einer Vertragspflicht sondern der Pflicht aus § 254 BGB., die dem Beschädigten nicht speziell gegen seinen Vertragsgegner sondern allgemein obliegt.

6. Die Exceptio doli generalis, als letzter Ausweg zur Befreiung des Fremdschädigers von einer unbilligen Belastung mit einer Schadensersatzpflicht, kann — wie bereits oben, § 2b 8, S. 38 nachgewiesen, zunächst in den Fällen Anwendung finden, in denen der Beschädigte schuldlos nicht gewußt hat, daß er mit einem anderen zusammenwirkte, sich selbst aber vorsätzlich geschädigt hat. Sie wird aber auch noch in anderen Fällen dienlich sein können.

§ 6: II. Abweichende Meinungen.

A. Die sog. objektive Theorie.

Eine Reihe von Schriftstellern leugnet das Erfordernis des Verschuldens des Beschädigten für § 254 BGB. Es sind dies Endemann (vgl. a. a. O., § 132, 1b); Crome, (§ 111 Anm. 15); Bienenfeld, (a. a. O., S. 489 ff.); Pfitzer, (DJZ. 04, S. 712 ff.); u. a. — Diese Schriftsteller halten es zur Anwendung des § 254 BGB. für ausreichend, wenn der Beschädigte den Schaden mitverursacht hat. — Da sich diese Theorie gleichermaßen gegen das Erfordernis der objektiven Widerrechtlichkeit des eigenen Verschuldens wie gegen das Erfordernis der subjektiven Widerrechtlichkeit wendet, hatten wir bereits oben, § 3 II a, S. 20 Gelegenheit, sie zu bekämpfen. Die Widerlegung der von ihr für die Umdeutung des Gesetzes vorgeschützten Gründe (das Gesetz verwende das Wort Verschulden in § 254 BGB., wie häufig, nur im Sinne des vulgären Sprachgebrauchs) können wir uns deshalb hier ersparen. Wir wollen uns jetzt jedoch den Ergebnissen der bekämpften Theorie für den subjektiven Tatbestand des eigenen Verschuldens zuwenden. Diese sollen angeblich die lautere Billigkeit darstellen. — Leider sind wir gezwungen, das Gegenteil festzustellen.

Wir sind mit Traegner (a. a. O., S. 337) der Meinung, „daß beispielsweise der von Croissant (a. a. O., S. 45), einem Vertreter der bekämpften Meinung, zur Begründung seiner Ansicht, daß auch die Mitwirkung des schuldunfähigen Geschädigten die Haftung des Fremdschädigers mindern müsse, aufgestellte Satz: „Wenn man ein Kind ist, so ist man dies auf eigene Rechnung“, in der beliebten Allgemeinheit das Muster eines ungerechten Rechtsgrundsatzes darstellt“. Die verhältnismäßig seltenen Ausnahmefälle, die die Gegenmeinung im Auge hat, in denen das Erfordernis subjektiven Verschuldens des Beschädigten zu unbilligen Ergebnissen führt, sind, wie wir im vorigen Paragraphen gesehen haben, nicht durch Umdeutung des ganzen Begriffs des eigenen Verschuldens, die ihrerseits in anderen Fällen unbillige Resultate herbeiführt, zu lösen, sondern sie müssen auf anderem legalem Wege zu lösen versucht werden.

Abgesehen von ihren unbilligen Ergebnissen aber ist festzustellen, daß die von Endemann vertretene objektive Theorie gegen das Verschuldensprinzip des BGB. verstößt. Die Rechtsordnung verhängt heute Rechtsnachteile im allgemeinen nur für verschuldetes Unrecht. Durchbrochen ist dieses Prinzip nur in wenigen Fällen und aus besonderen Gründen, wie etwa in den Fällen der Gefährdungshaftung. Für das

eigene Verschulden ist ein Grund für die Durchbrechung des Verschuldensprinzips nicht einzusehen. Der Rechtsnachteil der Aberkennung oder Minderung eines Ersatzanspruches muß in gleicher Weise von subjektivem Verschulden abhängig sein wie andere Rechtsnachteile. Die objektive Theorie ist jedenfalls abzulehnen.

B. Die Meinung Oertmanns.

Nicht soweit wie die objektive Theorie geht eine andere Meinung, die aber zu ähnlichen Resultaten gelangt wie jene (vgl. z. B.: Oertmann, a. a. O. zu § 254 BGB. und in Seuff. Bl. f. RA. Bd. 74, S. 583 ff.) und die zahlreichen dort zu findenden Schriftsteller. Sie leugnet nicht das Erfordernis des Verschuldens für die Anwendung des § 254 BGB., aber sie leugnet, daß der Begriff ‚Verschulden' im allgemeinen und im § 254 BGB. im besonderen Deliktsfähigkeit des Täters voraussetzt. Sie geht davon aus, daß die §§ 827, 828 BGB. ihrem Wortlaut nach nicht das Verschulden als solches sondern nur die Verantwortlichkeit für Verschulden ausschließen, und folgert daraus, daß „Verschulden" ein rein tatsächlicher Begriff ist, der irgend welche persönliche Eignung nicht erfordere.

Die genannte Lehre ist abzulehnen. Dem Begriff des rechtlichen Verschuldens ist das Erfordernis der Deliktsfähigkeit immanent. In den §§ 827, 828 BGB. macht das Gesetz die Verantwortlichkeit für persönlich zugefügte Schäden irgendwelcher Art ein für allemal von ganz bestimmten Voraussetzungen in der Person des Schädigers abhängig. Aus der weiten Fassung des gesetzlichen Wortlautes und ferner insbesondere aus der Bestimmung des § 276, I Satz 3 BGB. ist zu schließen, daß die Grenze des Geltungsbereiches dieser Vorschriften nicht in den §§ 823ff BGB. zu suchen ist. Kein Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, der sich als Schaden im Rechtssinne darstellt, kann, — vorausgesetzt, daß die Ersatzpflicht vom Verschulden abhängig ist — in rechtserheblicher Weise gegen den Täter geltend gemacht werden, wenn dieser gemäß §§ 827, 828 BGB. für sein Verhalten nicht verantwortlich war. Nicht zu Unrecht ist deswegen behauptet worden, die §§ 827, 828 BGB. stellten gewissermaßen bestimmte unwiderlegliche Vermutungen für Verschuldensunfähigkeit des Täters dar. In der Tat ergeben sie für alle Fälle der Verschuldenshaftung das Erfordernis der Verschuldensfähigkeit. Dieses ist also, wie bereits gesagt, dem Begriff des Verschuldens immanent. — Damit ist aber die Unrichtigkeit der bekämpften Lehre nachgewiesen.

§ 7: III. Gleichgerichtete Meinungen.

Derselben Meinung wie wir, daß nämlich der Tatbestand des eigenen Verschuldens in subjektiver Hinsicht ein Verschulden im Rechtssinne voraussetzt, sind auch Traeger (a. a. O., S. 334ff.); Zitelmann (a. a. O., S. 169); Staudinger (a. a. O. zu § 254 Anm. 2a); Rümelin (a. a. O., S. 316ff.); Gottschalk (a. a. O., S. 69ff.); v. Liszt (a. a. O., S. 81); Matthias (a. a. O., S. 347); Schollmeyer (a. a. O. zu § 254 BGB. Anm. 3); das RG. u. a.

D. Dritter Hauptteil.

Die Rechtsfolge des eigenen Verschuldens.

§ 8: I. Eigene Meinung.

A. Darlegung.

Wir kommen nun zur Betrachtung der Rechtsfolge des eigenen Verschuldens, die weder an Wichtigkeit noch an Schwierigkeit hinter der Betrachtung des Tatbestandes des eigenen Verschuldens zurücksteht. Die Rechtsfolge des eigenen Verschuldens ist, kurz ausgedrückt, die Möglichkeit einer Einwirkung auf die Schadensersatzpflicht des Fremdschädigers. Daraus, daß die Rechtsfolge demnach keine unbedingte und bestimmte, sondern nur eine mögliche und unbestimmte ist, ergibt sich die Schwierigkeit ihrer Feststellung. Nach dem Wortlaut des Gesetzes soll im Falle eigenen Verschuldens die Schadensersatzpflicht des Fremschädigers sowohl überhaupt als auch ihrer Höhe nach von den allgemeinen Umständen des einzelnen Falles abhängen, insbesondere aber davon, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht ist. — Es bestehen also drei Möglichkeiten. Die Schadensersatzpflicht des Fremdschädigers kann trotz eigenen Verschuldens des Beschädigten voll bestehen bleiben, sie kann gemindert oder schließlich auch ganz aufgehoben werden. Diese Tatsache ist unbestritten. Meinungsverschiedenheit herrscht jedoch darüber, welche Umstände des einzelnen Falles für den Eintritt der einen oder der anderen Möglichkeit maßgebend sind. — Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes soll der hauptsächlichst zu berücksichtigende Umstand der Anteil der Beteiligten an der Kausalität sein. Daneben läßt das Gesetz noch einen kleinen Raum für die Berücksichtigung anderer Umstände, der aber offenbar nur hilfsweise in Anspruch genommen werden soll.

Für uns besteht kein Grund bei der Entscheidung für die eine oder die andere Möglichkeit der Rechtsfolgen in der Berücksichtigung der Umstände vom Wortlaut des Gesetzes abzuweichen. In erster Linie ist für unsere Entscheidung maßgebend die Schwere der objektiven Mitwirkung des Beschädigten. Je nach der Stärke, mit der die conditio sine qua non, die der Beschädigte zum Erfolge setzte, im Verhältnis zu der Verursachung des Fremdschädigers die Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit des Erfolgeintrittes erhöhte, mindert sich der Schadensersatzanspruch des Ge-

schädigten mehr oder weniger stark. Nur in Ausnahmefällen, in denen die alleinige Berücksichtigung des Kausalitätsanteiles der Beteiligten absolut zu keinem annehmbaren Ergebnis führt, kann auch den übrigen Umständen des Falles maßgebende Bedeutung entnommen werden.

B. Widerlegung von Gegenargumenten.

Unserer Meinung hält man nun entgegen, daß sie praktisch unverwendbar sei. Mehrere adäquate Ursachen eines Erfolges sollen sich angeblich der Beurteilung des Verhältnisses ihres Beitrages zum Erfolge entziehen, weil sie alle gleichwertig seien. Wir haben Grund, die Stichhaltigkeit dieser Behauptung zu bezweifeln. Rein thoretisch zunächst kann die Möglichkeit, zwei Ursachen eines Erfolges in Bezug auf ihre Begünstigung des Erfolges abzuwägen, doch kaum zweifelhaft sein. Bezüglich ihrer Notwendigkeit für den Erfolgseintritt sind allerdings alle Ursachen gleichwertig. Warum soll man aber nicht von zwei Bedingungen, die für den Erfolgseintritt gleich-notwendig waren, feststellen können, daß die eine eine größere Wahrscheinlichkeit für die Herbeiführung des Erfolges hatte als die andere. Die Erfahrung des täglichen Lebens kann uns doch lehren, daß eine bestimmte Tatsache in etwa 75 von 100 Fällen einen bestimmten Erfolg herbeiführt, und daß eine andere Tatsache denselben Erfolg nur in etwa 50 von 100 Fällen herbeiführt. Die denkbar einfachste Rechnung führt uns zu dem Resultat, daß derjenige, der in diesem Falle für die erste Ursache haftet, dies zu 60 Proz. tut, der für die zweite Ursache Verantwortliche zu 40 Prozent. Wenn dieselben Tatsachen nur 5 bzw. 3 Prozent Wahrscheinlichkeit des Erfolgeintritts für sich haben, ist das Schadensteilungsverhältnis = 62,5 zu 37,5.

Aber nicht nur theoretisch sondern auch praktisch dürfte eine verschiedene Beurteilung der Adäquanz zweier Erfolgsbedingungen möglich sein. Zwei aus dem Leben gegriffene, typische Fälle des eigenen Verschuldens mögen das dartun. 1. Ein Fußgänger benutzt nach Eintritt der Dunkelheit vorschriftswidrig einen Radfahrerweg. Er wird von einem ohne Beleuchtung und ohne Läutesignal, mit großer Geschwindigkeit darherkommenden Radler überfahren. Beide werden erheblich verletzt. — 2. A. verletzt den B. vorsätzlich, aber leicht an der Hand. Der B. unterläßt jede Reinigung der Wunde und vernachlässigt sie, so daß eine Blutvergiftung entsteht, die dann, durch weitere Unvorsichtigkeit des B. begünstigt, den Tod des B. herbeiführt. — Im ersten Falle hat u. E. der Radler den Schaden vorwiegend verursacht. Das rücksichtslose Fahren des Radlers hatte nach der Erfahrung des Lebens objektiv mehr Wahrscheinlichkeit für einen Unfall als die bloße Benutzung des Radfahrerweges durch Fußgänger. Rein zahlenmäßig wird man die Wahrscheinlichkeit etwa auf 10 Prozent und

15 Prozent beziffern können. In diesem Falle hätte der Radler 60 Prozent, der Fußgänger 40 Prozent des gesamtent Schadens zu tragen. — Im zweiten Falle wird man die Frage nach der vorwiegenden Verursachung für die Blutvergiftung und den Tod des B. verschieden beantworten müssen. Eine leichtere Verwundung führt vielleicht in 8 von 100 Fällen eine Blutvergiftung, aber nur in etwa 1 von 100 Fällen auf diese Weise den Tod eines Menschen herbei. Unsauberkeit in der Wundbehandlung dagegen zieht etwa in 25 Prozent aller Fälle eine Blutvergiftung nach sich und Unvorsichtigkeit einer Blutvergiftung gegenüber wird etwa in 30 Prozent aller Fälle tödlich wirken. Demnach würde A. für die Blutvergiftung noch mit etwa 25 Prozent haftbar sein, für den Tod hingegen nur noch mit ungefähr 3 Prozent, also relativ unerheblich. —

Aus den beiden ausgeführten Beispielen ist wohl ersichtlich, daß eine Differenzierung von Ursachen möglich ist. Allerdings wird diese häufig recht schwierig sein; das aber spricht nicht gegen das Prinzip. Die Schwierigkeit der Abwägung liegt, wie oben erwähnt, in der Natur der Sache. Sie begegnet uns in demselben Maße bei der Abwägung anderer Umstände des eigenen Verschuldens. Die Undurchführbarkeit der Abwägung ist nur eine scheinbare. Wenn eine Differenzierung der Ursachen im einzelnen Fall unmöglich ist, dann sind die Ursachen eben gleichwertig. Der Fremdschädiger hat in diesem Falle nur für die Hälfte des Schadens einzustehen, — ein Ergebnis, das bei mangelndem oder nur geringfügigem Unterschied in der Schwere der beiderseitigen Verursachung — bei Fehlen der Feststellbarkeit kann der Unterschied ja kein nennenswerter sein — jedenfalls in objektiver Beziehung durchaus billigenswert sein dürfte. — Der unserer Lehre gemachte Vorwurf der Unverwendbarkeit dürfte demnach als nicht stichhaltig erwiesen sein.

Unserer Meinung wird nun aber, abgesehen von dem Vorwurf der Unverwendbarkeit, noch der Vorwurf der Unbilligkeit gemacht. Wir vermögen auch diesen Vorwurf nicht als berechtigt anzuerkennen. Warum soll es unbillig sein, wenn der Beschädigte und der Schädiger einen Schaden, den sie jeder zu einem bestimmten Prozentsatz verantwortlich verursacht haben, auch im Verhältnis dieser Mitwirkung bei der Schadensentstehung tragen? Es muß doch letzten Endes auf dasselbe hinauskommen, wenn der Fremdschädiger und der Beschädigte jeder nur einen Teil eines Schadens verursachen, und wenn beide einen einheitlichen Schaden verursachen, jeder aber nur für einen Teil des Ursachenkomplexes verantwortlich ist. In beiden Fällen dürfte es prima facie gleichmäßig der Gerechtigkeit entsprechen, wenn der Fremdschädiger und Beschädigte den Schaden nach dem Verhältnis ihres Beitrages zum Erfolg tragen.

Die Unbilligkeit der Ergebnisse unserer Theorie wird zunächst häufig für die Fälle behauptet, in denen der eine der Beteiligten vorsätzlich ge-

handelt hat, während der andere sich nur Fahrlässigkeit hat zuschulden kommen lassen. Hiergegen ist zu sagen, daß es für diese Fälle gegen unbillige Ergebnisse ein sehr einfaches Mittel gibt, nämlich die exceptio doli generalis. Wer sich selbst vorsätzlich einen Schaden zufügt, setzt sich mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch, wenn er diesen Schaden von einem anderen ersetzt verlangt, selbst wenn der andere den Schaden in verantwortlicher Weise mitverursacht hat. Andererseits verstößt derjenige, der einem anderen absichtlich einen Schaden zugefügt hat, gegen Treu und Glauben, wenn er sich auf eigenes Verschulden des Beschädigten beruft. Bei Beachtung dieser Tatsachen dürfte man sowohl in den Fällen vorsätzlicher Selbstschädigung als auch in den Fällen vorsätzlicher Fremdschädigung zu billigen Ergebnissen gelangen. Zu beachten ist in diesen Fällen überdies die starke Wahrscheinlichkeit der Aufhebung des Kausalzusammenhanges.

Der uns gemachte Vorwurf der Unbilligkeit erstreckt sich jedoch auch auf Fälle, in denen zwar auf keiner Seite Vorsatz gegeben ist, wohl aber sonst ein großer Unterschied im Maße des Verschuldens besteht. Hiergegen ist zu sagen, daß die Unbilligkeit der von der Gegenmeinung konstruierten Ergebnisse auf der falschen Beurteilung der Kausalitätsstärke im einzelnen Fall beruht. Es ist nämlich zu bedenken, daß das Maß des Verschuldens der Beteiligten mit der Adäquanz ihrer Kausalität in inniger Wechselbeziehung steht. Je größer das auf eine Ursache des Erfolges bezügliche Verschulden ist, je größer ist im allgemeinen auch die Adäquanz dieser Ursache. Ein objektiv grobfahrlässiges Verhalten macht einen schädlichen Erfolg wohl stets wahrscheinlicher als ein objektiv nur leicht fahrlässiges Verhalten. Ein vorsätzlich angerichteter Schaden wird oft durch eine Tatsache verursacht sein, die den Erfolg bis zur Sicherheit wahrscheinlicht machte. – Durch das Gesagte dürfte die Behauptung, unsere Lehre zeitige *im allgemeinen* unbillige Ergebnisse, widerlegt sein. Daß *bisweilen* die alleinige Berücksichtigung der vorwiegenden Verursachung des Schadens durch einen der Beteiligten zu einem unbilligen Ergebnis führen kann, geben wir zu. Diese Tatsache besagt aber nichts gegen die prinzipielle Richtigkeit unserer Ansicht. Es steht vielmehr mit dem Gesetz in Einklang, daß in Ausnahmefällen bei der Schadensverteilung auch andere, im Einzelfalle verschiedene Umstände berücksichtigt werden können.

§ 9: II. Abweichende Meinungen.

Im Folgenden soll noch die Lehrmeinung widerlegt werden, die bei der Feststellung, ob das eigene Verschulden des Beschädigten im einzelnen

Fall ein Einfluß auf die Schadensersatzpflicht des Fremdschädigers ausübt, es ganz oder mindestens hauptsächlich auf das Maß des beiderseitigen Verschuldens abstellt. Vertreter dieser Meinung sind Traeger (a. a. O., S. 355); v. Leyden (a. a. O., S. 53); Titze (a. a. O., S. 135, Anm. 18); Labowsky (a. a. O., S. 43); u. a.

Wir müssen ihre Lehre mit Entschiedenheit ablehnen. Diese widerspricht zunächst schon dem klaren Wortlaut des Gesetzes. Es ist u. E. nicht angängig, eine gänzlich unzweideutige Gesetzesbestimmung aus bloßen Billigkeitserwägungen heraus einfach fortzuinterpretieren. Das ist selbst dann nicht gestattet, wenn ein ganz krasser Widerspruch zwischen dem Gesetz und dem allgemeinen Billigkeits- oder Gerechtigkeitsgefühl vorliegt. Hier kann nur Abänderung des Gesetzes durch Gesetz helfen. Viel weniger noch ist es natürlich gestattet, eindeutige Gesetzesbestimmungen umzudeuten, wenn ein derartiger Widerspruch nicht vorliegt. Und die gesetzliche Regelung ist, wie dargelegt, im vorliegenden Fall nicht unbillig.

Wir sind ferner gezwungen, festzustellen, daß die von der bekämpften Meinung vorgeschlagene Regelung unserem Billigkeitsempfinden widerstrebt. Es ist u. E. unbillig, einen Schaden, den zwei Personen in verantwortlicher Weise verursacht haben, den einen allein tragen zu lassen, oder ihm jedenfalls mehr aufzubürden, als er im Verhältnis zu anderen zum Erfolge beigetragen hat. Dies Ergebnis halten wir im allgemeinen selbst dann für unbillig, wenn der eine wegen Vorsatz, der andere nur wegen Fahrlässigkeit haftet. Gerade weil nach dem Gesetz beide für den Schaden verantwortlich sind, ist es ungerecht, dem einen auf Kosten des anderen die Verantwortlichkeit zu nehmen.

Die bekämpfte Lehre führt auch in ihren praktischen Konsequenzen zu merkwürdigen Ergebnissen. Als Beispiel mag folgender Fall dienen. Der A. hat den B. vorsätzlich schwer verletzt. Der B. ist in der Wundbehandlung nicht vorsichtig genug und stirbt infolgedessen an Blutvergiftung. — Wenn in diesem Falle das Maß des beiderseitigen Verschuldens für die Ersatzpflicht des A. die ausschlaggebende Bedeutung hätte, so würde die Witwe des B. die Ansprüche aus § 844 BGB. vergebens geltend machen. Da sich das Verschulden des A. nur auf die Verwundung, nicht aber auf den Tod bezog, während der B. gerade den Tod verschuldet hat, so könnte eine Abwägung des Verschuldens am Tode nur zu Gunsten des A. ausfallen, und zwar mangels jeder Tötungsabsicht nur in der Weise, daß er für den Tod überhaupt nicht mehr verantwortlich ist. Die konsequente Durchführung der bekämpften Lehre würde also zur Folge haben, daß jedes auf den Schaden bezügliche Verschulden des Beschädigten, und sei es auch das denkbar leichteste, die Schadnsersatzpflicht des Fremdschädigers ohne weiteres ausschließt, wenn sich das Verschulden des

Fremdschädigers nur auf den Anfangserfolg, nicht aber auf die auch noch so wahrscheinlichen Folgen bezogen hat. —

Die geschilderte Konsequenz hat man allerdings unseres Wissens nicht gezogen. Nur das Ergebnis, daß ein Fremdschädiger, der von vornherein ohne Verschulden haftet, durch jedes Verschulden des Beschädigten gänzlich entlastet wird, ist von den Anhängern der subjektiven Therorie gebilligt worden. Wollten diese nun, um dem wiedergegebenen Resultat aus dem Wege zu gehen, nur das Verschulden bezüglich des Anfangserfolges zur Aufrechnung stellen, so würde das Ergebnis nicht viel besser ausfallen. Man stelle sich z. B. vor, daß A. den B., wiederum vorsätzlich, diesmal aber nur leicht verwundet habe, und daß B. die weiteren Folgen der Blutvergiftung und des Todes diesmal nicht nur leicht, sondern grob, fahrlässig verursacht habe. Da Vorsatz bei der Abwägung von Verschulden schwerer wiegt als Fahrlässigkeit, müßte man in diesem Falle, wenn man es auf das Verschulden bezüglich des Anfangserfolges der Verursachung eines jeden abstellt, den A. den überwiegenden Teil des Schadens tragen lassen. — Wir halten das zweite Ergebnis für ebenso unbillig wie das erste. Dabei handelt es sich in beiden Fällen nicht etwa um Ausnahmefälle sondern um direkt charakteristische Beispiele eigenen Verschuldens.

Abgesehen von unserem persönlichen Billigkeitsempfinden und dem Wortlaut des § 254 BGB. widerspricht die subjektive Therorie auch einem Grund p r i n z i p des bürgerlichen Gesetzbuches. Dieses huldigt zwar grundsätzlich dem Verschuldensprinzip, aber ebenso grundsätzlich stellt es dabei im allgemeinen Vorsatz und Fahrlässigkeit gleich. Die Schadenshaftung ist, abgesehen von derjenigen auf Grund eines Verstoßes gegen die guten Sitten (der wohl begrifflich nur vorsätzlich geschehen kann), bei Vorsatz und Fahrlässigkeit stets die gleiche, obwohl eine Staffelung durchaus denkbar wäre. Nach unserem Dafürhalten bringt das Gesetz dadurch zum Ausdruck, daß es sich einer Wertung der beiden Verschuldensarten sowohl untereinander als auch in sich enthalten will. Es ist uns unverständlich, warum ausgerechnet beim eigenen Verschulden Vorsatz und Fahrlässigkeit verschieden gewertet werden sollen. — Dabei ist noch zu bemerken, daß die Bewertung nicht etwa eine absolute sein soll, sondrn nur eine relative, und zwar insofern, als sie von dem Verschulden des Gegners abhängig ist — einem Umstande, der im übrigen für denjenigen, dem die besondere Schwere des Verschuldens zum Vorwurf gemacht werden soll, vielfach außerhalb jeder Berechnungsmöglichkeit liegt. — Demnach ist die Berücksichtigung der Größe des beiderseitigen Verschuldens als allein oder hauptsächlich maßgebender Faktor lür die Minderung der Schadensersatzpflicht des Fremdschädigers im allgemeinen abzulehnen und nur in Ausnahmefällen zuzulassen.

§ 10: III. Gleichgerichtete Meinungen.

Derselben Meinung wie wir, daß der bei der Schadensverteilung vorwiegend zu berücksichtigende Umstand das Verhältnis der Kausalitätsbeteiligung des Fremdschädigers und des Beschädigten ist, und daß die schwerere Schuld des einen oder anderen nur ausnahmsweise berücksichtigt werden darf, sind auch Oertmann (a. a. O. zu § 254 BGB.); Planck (a. a. O. zu § 254 BGB.); Dernburg (a. a. O. § 32); Rehbein (a. a. O. zu § 254); u. a. — Crome (a. a. O., S. 495); Endemann (a. a. O. § 132); Schollmeyer (a. a. O. zu § 254 BGB.); Weyl (a. a. O., S. 299); Gottschalk (a. a. O., S. 60); u. a. lehnen, noch weitergehend, jede Berücksichtigung des Verschuldens ab.

Lebenslauf.

Geboren am 5. Mai 1906 zu Danzig als Sohn des dort ansässigen Staatsrats Dr. jur. Mayer-Falk und seiner Ehefrau geb. Lendzian, besuchte ich, Gerhard Mayer-Falk, von Ostern 1915 bis Ostern 1924 das Kronprinz Wilhelm Realgymnasium zu Danzig-Langfuhr, das ich mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich wandte mich dann dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zu und studierte vom S. S. 1924 bis zum W. S. 1925/26 in Marburg und vom S. S. 1926 bis zum W. S. 1927/28 in Königsberg, wo ich am 24. März 1928 die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „vollbefriedigend" bestand. Am 18. Mai 1928 wurde ich in Danzig zum Referendar ernannt. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 22. Januar 1929.

Ich möchte nicht verfehlen, Herrn Geh. Justiz-Rat Prof. Dr. Leonhard auch an dieser Stelle meinen herzlichsten Dank zu sagen für die wertvollen Anregungen, die er mir zu der vorliegenden Arbeit gegeben hat.